Der § 313 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock,

vorgelegt von

Bernhard Tochtermann

aus Hannover.

Hannover.
Schlütersche Buchdruckerei.
1902.

Dem Andenken meines Vaters

sowie

meiner lieben Mutter.

Inhaltsübersicht.

Kapitel I.

§ 1. Einleitung.
§ 2. Ursprung und gesetzgeberischer Zweck.

Kapitel II.

Die unter § 313 fallenden Schuldverhältnisse.

I. Im allgemeinen. Die Anwendbarkeit des § 313:
§ 3. 1) bei Entstehung des Schuldverhältnisses.
§ 4. 2) bei Veränderung desselben:
a. in der Person des Gläubigers (Abtretung).
b. in der Person des Schuldners (Schuldübernahme).
§ 5. 3) bei Aufhebung des Schuldverhältnisses.
II. Im besonderen:
1) Die Veräußerungsverträge.
§ 6. a. Kauf und Tausch.
§ 7. b. Schenkung.
§ 8. 2) Der Leibrentenvertrag.
3) Der Sicherungsvertrag und die Feststellungsverträge.
§ 9. a. Bürgschaft.
§ 10. b. Vergleich.
§ 11. c. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.
4) Gemeinschaftsverhältnisse.
§ 12. a. Gemeinschaft, Gesellschaft.
§ 13. b. Auseinandersetzungsvertrag.
§ 14. 5) Die obligatorischen Immobiliarverträge im Gebiete des Handelsrechtes.

Kapitel III.

Die in § 313 vorgeschriebene Form.

I. nach Reichsrecht:
§ 15. 1) Sachliche und örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson.
2) Die Beurkundung selbst:
§ 16. a. Das Verfahren.
b. Inhalt der Urkunde.
§ 17. α. Vollständigkeit.
§ 18. β. Richtigkeit.
II. nach Landesrecht:
§ 19. 1) Sachliche Zuständigkeit.
§ 20. 2) Örtliche Zuständigkeit.
§ 21. 3) Die Beurkundung.

Kapitel IV.

Rechtliche Lage der Parteien vor der Auflassung.

§ 22. 1) beim formgerechten Vertrage.
§ 23. 2) beim formlosen Vertrage.

Kapitel V.

Heilung des formlosen Vertrages durch Auflassung und Eintragung.

I. Im allgemeinen:
§ 24. 1) Eintritt der Heilung.
§ 25. 2) Rückwirkung.
II. Im besonderen.
1) Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Heilung.
a. in Ansehung des dinglichen Vertrages:
§ 26. α. Gültigkeit.
§ 27. β. Vollständigkeit.
b. in Ansehung des obligatorischen Vertrages:
§ 28. α. Das die Auflassung veranlassende Rechtsgeschäft.
§ 29. β. Der Formmangel.
2) Die Wirkung der Heilung auf den Inhalt des obligatorischen Vertrages.
§ 30. a. im allgemeinen.
§ 31. b. im besonderen.

Litteraturangabe und Abkürzungen.

Achilles = Kommentar der preußischen Grundbuch-Gesetze des Jahres 1872, Ausgabe von 1879.

Achilles-Strecker = Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen. Teil I. 1901.

A. G. = Ausführungsgesetz.

A. L. R. = Landrecht für die preußischen Staaten vom 1. Juni 1794.

Arch. f. b. R. = Archiv für bürgerliches Recht.

A. V. = Ausführungsverordnung.

Becher = Die Ausführungsgesetze zum B. G. B. 1899/1900.

Bernhöft = Das bürgerliche Recht, in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft 1900.

Best = Das Grundbuchrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. 1896.

B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.

Biermann = Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht. 1901.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

C. c. = Code civil.

Centralbl. = Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.

Cosack = Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. 1900.

C. P. O. = Civilprozeßordnung vom 17. Mai 1898.

Crome = System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900.

Denkschr. = Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. 1896.

Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1898 ff.

Dernburg P. = Pandekten. 1894.

Dernburg Pr. Pr. = Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1884.

D. J.-Ztg. = Deutsche Juristenzeitung.

D. N.-Ztg. = Deutsche Notariatszeitung.

E. = Entwurf des B. G. B.
E. G. = Einführungsgesetz.
Endemann = Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.
Engelmann = Das alte und neue bürgerliche Recht Deutschlands. 1899.
Förster-Eccius = Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 1887.
Gänßle = Das Grundbuch und Hypothekenrecht des B. G. B. und der Liegenschaftskaufvertrag des neuen Rechts. 1899.
Goldmann u. Lilienthal = Das B. G. B. systematisch dargestellt. 1901.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Gutachten = Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs. 1890 ff.
Habicht = Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 1901.
Hachenburg = Das B. G. B. für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. 1900.
Hellwig = Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Jher. Jahrb. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Jur. Mon. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen.
Knoke = Das Recht der Gesellschaft nach dem B. G. B. 1901.
v. Kübel = Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Tit. 2, I 1 c. 1882.
Landw. Jahrb. = Verhandlungen des Preußischen Landesökonomie-Kollegiums in „Landwirtschaftliches Jahrbuch". Band 18. Ergänzungsband II. 1890.
Lehmann = Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Teil I. Von Lehmann. 1899.
Maenner = Das Recht des Grundstücks nach dem B. G. B. und der Grundbuchordnung. 1899.
Matthiaß = Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1900.
Mot. = Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.
Mugd. u. Falkm. = Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Niedner = Kommentar zum Einführungsgesetz zum B. G. B. 1899.
Oberneck = Das Reichsgrundbuchrecht und die Preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 1900.

v. d. Pfordten = Das neue deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen. I. Teil. 1900.

Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B., bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. 1897.

Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausg. von Sörgel.

Rehbein = Das B. G. B. mit Erläuterungen. 1899.

R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

R. G. B. O. = Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897.

R. G. fr. G. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17./20. Mai 1898.

Roth = System des deutschen Privatrechts 1886.

Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.

Scherer das 1. Jahr = das 1. Jahr des B. G. B. 1901.

Schultze-Görlitz = Kommentar zum R. G. fr. G. 1900.

Senff. Arch. = J. A. Senffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Sonntag = Eigentümlichkeiten des Grundstücksverkaufes gegenüber dem Verkaufe beweglicher Sachen im B. G. B. Göttinger Inaugural-Dissertation. 1899.

Stammler = Das Recht der Schuldverhältnisse. 1897.

Staub = Kommentar zum H. G. B. 1900.

Stobbe = Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1893 ff.

Strecker = Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken. 1898.

Sydow und Busch = Handausgabe der C. P. O. 1901.

Turnau u. Förster = Das Liegenschaftsrecht nach den Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 1900/1.

Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid. 8. Auflage. Bearbeitet von Kipp. 1900/1.

Ztschr. f. d. Not. = Zeitschrift für das Notariat.

Die Kommentare zum B. G. B. sind nur mit den Namen des Verfassers oder Herausgebers bezeichnet (**Fischer-Henle, Kuhlenbeck, Meisner, Oertmann, Planck, Scherer, Schollmeyer, Staudinger, Szkolny** und **Caro**). — Anmerkungen ohne Hinzufügung des Paragraphen beziehen sich auf die Erläuterungen des citierten Kommentators zum § 313.

Kapitel I.

§ 1.

Einleitung.

Das B. G. B. steht grundsätzlich auf dem Boden der Formfreiheit. Dieser Grundsatz war schon im bisherigen Rechte anerkannt und hatte speziell im Handelsrecht[1]) eine fast schrankenlose Geltung gewonnen. Einzelne Partikularrechte wurden dagegen vom Formzwange beherrscht, so z. B. das A. L. R. und der C. c.[2]) Wenn das B. G. B. für die Rechtsgeschäfte das Prinzip der Formfreiheit aufstellte, so paßte es sich darin der modernen Verkehrsauffassung an, welche einen freien, durch Formen möglichst unbehinderten Rechtsverkehr verlangt. Es würde einen Rückschritt bedeutet haben, wenn man den Formzwang, etwa in Anlehnung an das A. L. R., eingeführt hätte, und es würde außerdem die Gefahr der Verwirrung und Rechtsunsicherheit hervorgerufen sein, da die Grenzen des in die meisten Lebenskreise hineinreichenden Handels- und des gewöhnlichen Verkehrs kaum hätten auseinander gehalten werden können.[3])

Der Grundsatz der Formfreiheit ist indes kein absoluter, denn einerseits kann durch Parteiwillen für ein Rechtsgeschäft eine Form vereinbart werden, andererseits statuiert das Gesetz selbst ausnahmsweise für einzelne Rechtsgeschäfte eine besondere Form. Eine der wichtigsten Ausnahmen bildet der § 313; derselbe lautet:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gericht-

---

[1]) H. G. B. a. F. Art. 317, n. F. § 350.

[2]) Art. 1341; vgl. Mot. I 178, v. Kübel, S. 4 ff., 8.

[3]) Mot. I 180, v. Kübel, S. 9.

lichen oder notariellen Beurkundung. Eine ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

§ 2.

Ursprung und gesetzgeberischer Zweck.

Während das römische und gem. Recht bewegliche und unbewegliche Sachen im wesentlichen einheitlich behandelte, zeigte sich im deutschen Recht von alters her eine durchgreifende Verschiedenheit in ihrer Auffassung. Man erkannte hier früh die große soziale Bedeutung des Grundbesitzes als der natürlichen Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung und schuf daher für die Rechtsgeschäfte über Immobilien unter dem Gesichtspunkte einer vormundschaftlichen Fürsorge strengere gesetzliche Bestimmungen, besonders Formvorschriften. Das Eindringen des römischen Rechts hemmte zwar die Fortbildung dieses deutschen Rechtsgedankens eine Zeitlang, vermochte ihn aber nicht gänzlich zu unterdrücken, denn wir finden auch während der Zeit der Rezeption zahlreiche partikuläre Bestimmungen, welche den Liegenschaften vor der Fahrhabe eine hervorragende Stellung einräumen. Die neuere Gesetzgebung, voran die preußische Hypothekenordnung von 1783, belebte die deutsche Anschauung wieder mehr, und das B. G. B. hat die Entwickelung im deutsch-rechtlichen Sinne zum einheitlichen Abschlusse gebracht.

I. Die auf die Übereignung abzielenden Immobiliarverträge im besonderen waren schon vor der Herrschaft des B. G. B. vielfach einer bestimmten Form unterworfen,[1]) die meist in dem Erfordernis der Schriftlichkeit oder gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gipfelte.[2]) So war im Geltungsgebiet des A. L. R., in Sachsen und Württemberg beispielsweise die schriftliche Form erforderlich und

---

[1]) In den beiden Mecklenburg und Sachsen-Meiningen (Ges. v. 16. Okt. 1872, § 1) galt Formfreiheit, vgl. Niedner zu Art. 142, A. 2; Stobbe III, S. 148.

[2]) Für die ältere Zeit vgl. Roth III, S. 309; Stobbe in Iher. Jahrb. 12, S. 222 ff.

genügend,[1]) in Hannover wurde die Errichtung vor Gericht oder Notar und Zeugen verlangt,[2]) in Kurhessen war der obligatorische Immobiliarvertrag vor gerichtlicher Anzeige und Bestätigung gänzlich unverbindlich,[3]) das bayrische Notariatsgesetz vom 10. November 1861, Art. 11 und 14, führte den notariellen Verbriefungszwang ein unter Ausschluß der Kompetenz der Gerichte,[4]) das Großherzoglich hessische Gesetz vom 4. August 1871, § 1, schrieb ortsgerichtliche Protokollierung vor,[5]) in Schaumburg-Lippe genügte die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde,[6]) das braunschweigische Eigentums-Erwerbsgesetz vom 8. März 1878, § 74, forderte dagegen wieder die gerichtliche und notarielle Aufnahme, also eine begrenztere Art der öffentlichen Beurkundung.[7])

Der Rechtszustand war hiernach ein sehr zerklüfteter, und das um so mehr, als eine scharfe Scheidung zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Immobiliarvertrage nicht durchweg vorhanden war, vielmehr in manchen Partikularrechten die gerichtliche Auflassung mit der Gerichtlichkeit des obligatorischen Vertrages verwechselt oder doch in Verbindung gebracht wurde.[8]) Der bisherigen Rechtszersplitterung hat das B. G. B. ein Ende gemacht, indem es für den obligatorischen Vertrag in Anlehnung an das erwähnte bayrische Notariatsgesetz und an das hessische Gesetz die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt.[9])

Daß überhaupt eine Form verlangt worden ist, wird in den Motiven damit begründet, daß das Grundeigentum im Laufe der Zeit an sozialer Bedeutung nichts eingebüßt habe und jedes Mal mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhänge, welche wegen

---

[1]) A. L. R. I 5, § 135, I 10, § 15 ff., I 11, § 75. Sächs. B. G. B., §§ 822, 824. Württemb. Ges. v. 23. Juni 1853, Art. 1, vgl. Senff. Arch. 22, Nr. 204; v. Kübel, S. 2, 4.

[2]) Hannoversches Ges. v. 16. Dez. 1843, vgl. Senff. Arch. 25, Nr. 228.

[3]) Senff. Arch. 13, Nr. 217; 22, Nr. 127.

[4]) Senff. Arch. 34, Nr. 278; v. Kübel, S. 4.

[5]) Bolze 15, Nr. 213; v. Kübel, S. 3.

[6]) Schaumb.-Lippe, Ges. v. 4. März 1870, vgl. Niedner, a. a. O.

[7]) Senff. Arch. 43, Nr. 12.

[8]) Vgl. Roth, a. a. O.

[9]) Denkschrift, S. 47.

der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von so weitgehender Dauer seien, daß auch der Erwerb und die Veräußerung immer eine besondere Vorsicht erforderten.[1]) Diese Vorsicht werde aber häufig nur dann gewährleistet, wenn die Vertragschließenden ihren Willen in besonderer Form festlegen müßten.

Für das Erfordernis gerade der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und nicht etwa der bloßen Schriftlichkeit geben die Protokolle als Grund an, daß die gerichtliche und notarielle Form eine größere Sicherheit für die vollständige und zweifelsfreie Feststellung der Parteivereinbarungen biete als die einfache Schriftform. Letztere habe in den Staaten, wo sie bestand, nämlich in Preußen, Sachsen und Württemberg, nach den dort gesammelten Erfahrungen ihren Zweck, den geschäftsunkundigen Mann gegen Übereilung zu schützen, nicht erreicht. „Tinte und Feder seien leicht zur Hand, die Unterschrift des Bauern genüge zur Vollendung des schriftlichen Vertrages, dessen Entwurf von dem Güterhändler in Eile hergestellt oder bereits in der Tasche mitgebracht werde. Durch den Gang zum Gericht oder Notar werde dagegen dem Bauer der Ernst der Sachlage klar gemacht und eine wohlthätige Überlegungsfrist gegeben, Wirtshausgeschäfte seien ausgeschlossen.“ [2])

II. Der Satz 1 des § 313 ist ein zwingender, denn der nicht beurkundete Vertrag ist nach § 125 nichtig.[3]) Nach Satz 2 § 313 soll aber ein ohne Beobachtung der Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig werden, wenn die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Diese Bestimmung, welche dem § 10 des Preußischen Gesetzes über den Eigentumserwerb ꝛc. vom 5. Mai 1872 entnommen wurde, bildet also eine Ausnahme von der Vorschrift des § 125; sie ist juristisch inkonsequent, wie schon bei der Kommissionsberatung für die zweite Lesung des Entwurfs betont wurde,[4]) da sie die Formvorschrift des Satzes 1 gewissermaßen

---

[1]) Mot. I 179, II 189 f.

[2]) Denkschr., S. 47; Mot. II 190; Prot. I 461; Scherer, A. 11. Vgl. dagegen die Bedenken Hachenburgs in d. Gutachten I, S. 113 ff.

[3]) Vergl. Crome I, S. 385; Rehbein I, S. 159.

[4]) Prot. I, 462.

wieder aufhebt, zum mindesten aber erheblich abschwächt. Denn sie birgt die Gefahr in sich, daß die Parteien mit Rücksicht auf die gerichtlichen oder notariellen Kosten, welche besonders bei kleinen und hoch verschuldeten Grundstücken einen nicht unerheblichen Prozentsatz des Wertes ausmachen, häufig von der Beurkundung Abstand nehmen und dadurch leicht Prozesse heraufbeschwören, welche doch gerade durch Satz 1 möglichst ausgeschlossen werden sollten.[1]) Die Bestimmung des Satzes 2 rechtfertigt sich jedoch auf der anderen Seite aus schwerwiegenden Gründen, besonders dadurch, daß durch die Auflassung und Eintragung die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung trotz Ungültigkeit des obligatorischen Vertrages rechtsgültig erfüllt wird. Die Rechtssicherheit würde empfindlich gestört werden, wenn dem Veräußerer, der an sich keine Klage auf die Gegenleistung, z. B. Bezahlung des Kaufpreises, anstellen könnte, noch jahrelang der Kondiktionsanspruch auf Rückauflassung zustehen würde.[2])

Die Tat stehe turmhoch über der Form, sagt Kloeppel.[3]) Es sei undenkbar, daß die Beteiligten ihre auf das Rechtsgeschäft gerichtete Absicht ernstlicher bekundeten, als indem sie es ausführten. Den Beteiligten die Befugnis zu geben, das erfüllte Rechtsgeschäft wegen Formmangels anzufechten, sei — abgesehen von den Formalgeschäften im engeren Sinne mit einer für jeden Dritten erkennbaren Rechtswirkung — die vollendete Zwecklosigkeit im Rechte. Die Vorschrift des Satzes 2 ist ferner auch für die häufigen Fälle unentbehrlich, in denen Parzellen schuldenfrei gegen sofortige Barzahlung aufgelassen werden.[4])

---

[1]) Landw. Jahrb., S. 123, vgl. Ztschr. f. d. Not., Bd. 38, S. 167; D. Not.-Ztg., 19. Jahrg., S. 65 ff.

Nach Anordnung des preußischen Justiz- und Finanzministeriums sollen privatschriftliche Verträge über Grundstücke stempelpflichtig werden, wenn die Heilung durch Auflassung und Eintragung erfolgt ist. Durch diese Vorschrift wird indirekt ein Zwang auf die Parteien ausgeübt, die gesetzlich vorgeschriebene Beurkundung vorzunehmen, und infolgedessen die Gefahr entstehender Streitigkeiten wieder vermindert. D. Jur.-Ztg. 1900, S. 226; Centralbl. I, S. 105; Recht 1900, S. 319.

[2]) Turnau u. Förster I, S. 319.

[3]) bei Gruchot 32, S. 611.

[4]) Denkschr. 47; Prot. I, 462.

Kapitel II.

Die unter § 313 fallenden Schuldverhältnisse.

I. Im allgemeinen. Die Anwendbarkeit des § 313:

1. bei Entstehung des Schuldverhältnisses.

§ 3.

Das Gesetz schreibt die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für solche Verträge vor, durch die sich der Schuldner verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Die Formvorschrift ergreift alle derartigen Verträge, welche unter der Herrschaft des B. G. B. geschlossen werden, und zwar auch dann, wenn das Grundbuch in dem Bezirk, in welchem das Grundstück liegt, noch nicht angelegt ist.[1])

1. Vorausgesetzt wird nach § 313 zunächst, daß ein Grundstücksvertrag d. h. ein zweiseitiges Rechtsgeschäft über ein Grundstück vorliegt.

Der Vertrag kann durch einen Vorvertrag vorbereitet werden, aus welchem die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages entspringt. Ist diese Verpflichtung ohne Beurkundung rechtsverbindlich? Die Frage ist in dem Falle zu bejahen, in welchem der Vorvertrag die Grundlage für einen solchen Formalvertrag bildet, der zwar auch bei Nichtbeachtung der Form gültig ist, an den sich aber nur bei Erfüllung der Form bestimmt geartete Rechtswirkungen knüpfen sollen.[2]) Soll dem Vorvertrag dagegen ein der gesetzlichen Form unterliegender Hauptvertrag nachfolgen, welcher ohne Beobachtung der Form nichtig sein würde, so muß auch der Vorvertrag zur Vermeidung seiner Nichtigkeit der für den Hauptvertrag vorgeschriebenen Form unterworfen werden.[3]) Es wäre sonst auch eine Umgehung

---

[1]) Habicht, S. 454 f.; Mugd. u. Falkm. 1900, S. 95; Centralbl. I, S. 111.

[2]) Bruck i. Arch. f. b. R. 20, S. 34 f.; Matthiaß I, S. 204; Rehbein I, S. 207; Stammler, S. 13; Windscheid-Kipp II, S. 251 f.

[3]) Matthiaß, Rehbein, Stammler, Windscheid-Kipp a. a. O.; Endemann I, S. 457/8; Dernburg I. 2, § 83; Scherer I, § 125, S. 219; Schollmeyer, A. 4; Cosak I, S. 293. A. M. Engelmann, S. 222.

des Gesetzeszwecks leicht möglich, wenn aus einem formlosen, eventuell unüberlegten Vorvertrage die Klage auf Abschluß des Hauptvertrages mit Erfolg erhoben werden könnte.[1]) Wird daher zu einem beabsichtigten Vertrage, der nach § 313 zu beurkunden wäre, ein Vorvertrag geschlossen, so unterliegt auch dieser der gleichen Form.

a) Da ein Vertrag vorliegen muß, so findet der § 313 keine Anwendung auf einseitige Willenserklärungen, durch welche die Übereignung eines Grundstücks bindend versprochen wird. Hierher ist z. B. die Auslobung zu rechnen, denn sie ist ein einseitiges Versprechen, wie die Motive klar zum Ausdruck bringen und auch die Schlußworte des § 657 erkennen lassen.[2]) Das B. G. B. hat sich also auf den — früher schon von Dernburg[3]) besonders verteidigten — Standpunkt der sog. Pollizitationstheorie gestellt, dagegen die Annahme der Vertragstheorie, deren Hauptvertreter Windscheid[4]) war, abgelehnt.

Unter den einseitigen Willenserklärungen ist aber eine wichtige Ausnahme für die Anträge bezüglich der unter § 313 fallenden Verträge zu konstatieren. Zwar sprechen die §§ 145 ff. gegen die Beurkundung des Vertragsantrags, da der Antragende an seinen Antrag schlechthin gebunden sein soll. Nähme also der Oblat den Antrag rechtzeitig an, so wäre der Vertrag gemäß § 151 geschlossen und beide Parteien iuris vinculo gebunden. Infolgedessen könnte jeder Kontrahent die Beurkundung des Vertrages fordern und nötigenfalls die Verurteilung des sich Weigernden zur Vornahme der Form herbeiführen. Nun ist aber nach § 125 der nicht beurkundete Vertrag nichtig. Hieraus folgt zunächst, daß die Vertragschließenden aus dem Vertrage gar keinen Anspruch, also auch nicht auf Nachholung der Form geltend machen können, und sodann, daß der Offerent an seinen Antrag trotz § 145 ff. nicht gebunden ist. Mithin müssen

---

[1]) Endemann a. a. O., Anm. 10.

[2]) Mot. II, 519; Cosack I, S. 549; Goldmann u. Lilienthal I, § 94, A. 3; Matthiaſs I, S. 664; Windscheid-Kipp II, S. 240; Vorbem. z. 9. Tit. bei Oertmann, S. 385; Planck II, S. 401; Staudinger II, S. 480.

[3]) Dernburg P. II, § 9.

[4]) Windscheid-Kipp II, S. 237 ff.

auch Anträge bezüglich solcher Verträge, welche die Verpflichtung zur Übereignung von Grundstücken zum Gegenstande haben, wenn sie bindend sein sollen, gerichtlich oder notariell beurkundet werden.[1]) Von dieser Ausnahme abgesehen, unterliegen die einseitigen Rechtsgeschäfte nicht der Formvorschrift des § 313.

b) Aus dem Grundsatz, daß nur Verträge von der Vorschrift betroffen werden, ergiebt sich zum andern, daß der § 313 keine Anwendung auf alle rein gesetzlichen Eigentumserwerbsarten findet, da diese keine Verträge sind. Es gehört hierhin z. B. der Eigentumserwerb durch Erbfolge oder Vermächtnis.[2])

2. Die Formvorschrift bezieht sich ferner, wie aus dem Wortlaut des Paragraphen und seiner Stellung in der ganzen Lehre von den Schuldverhältnissen hervorgeht, nur auf obligatorische Verträge über Grundstücke. Der dingliche Immobiliarvertrag ist in § 873 i. V. m. § 925 geregelt; für diesen bildet der obligatorische Vertrag die Grundlage, indem er bei den Kontrahenten die Verpflichtung erzeugt, den dinglichen Vertrag zu verwirklichen.[3])

3. Die Vorschrift ergreift endlich nur denjenigen obligatorischen Vertrag, der auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet ist.

a) Sie gilt also einerseits nur für den obligatorischen Vertrag auf Übertragung des Eigentums.

α. Daher bedarf der Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück aufzugeben (§ 928 B. G. B.) nicht der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Planck[4]) hält auch in diesem Falle die Anwendbarkeit des § 313 für gegeben; mit Recht wendet aber Kuhlenbeck in seinen Ausführungen zu diesem Paragraphen dagegen ein, daß Formvorschriften als jus singulare nicht analog ausgedehnt werden dürften.[5]) Die Frage hat übrigens lediglich vom theoretischen Standpunkte aus Interesse, da ein

[1]) So auch Dernburg II 1, S. 176; Staub II, § 350, A. 15.
[2]) Scherer, A. 9.
[3]) v. d. Pfordten, § 32, 1.
[4]) Planck, A. 2.
[5]) Ebenso Fischer-Henle, A. 1; Goldmann u. Lilienthal I, § 94, I 3.

derartiger Vertrag, wie Planck selbst hervorhebt, im Leben wohl kaum vorkommen wird.

β. Die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums kann sowohl zu Gunsten des Gegenkontrahenten als auch *zu Gunsten eines Dritten* (§ 328 B. G. B.) übernommen werden, denn das Gesetz spricht nur allgemein von Übertragung. Auch im letzteren Falle muß also der Vertrag beurkundet werden, andernfalls könnte der Verpflichtete auf Grund des § 334 die Nichtigkeit geltend machen, wenn der Dritte die Auflassung fordert.[1]) Wenn das Recht des Dritten nach dem Willen der Parteien sofort entstehen soll, ohne daß es einer Willenserklärung des Dritten bedürfte, so bezieht sich der Beurkundungszwang auch nur auf die Vertragserklärungen des Versprechenden und Versprechensempfängers. Aber auch dann, wenn das Recht des Dritten „nur unter gewissen Voraussetzungen" (§ 328, Abs. 2), z. B. infolge Beitritts oder nach Ablauf einer Frist oder Eintritt einer Bedingung entstehen soll, unterliegt lediglich die Parteivereinbarung, nicht die Willenserklärung des Dritten der Form. Haben die Parteien über die Entstehung keine Bestimmung getroffen, so muß die Entscheidung aus den vorhandenen Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages gefunden werden. Die Entscheidung fällt im Zweifel zu Gunsten des sofortigen Rechtserwerbs aus, wenn das Recht in einem Vermögens- oder Gutsübernahme-Vertrage bestellt worden ist (§ 330 B. G. B.).

γ. Wird der obligatorische Immobiliarvertrag *zu Lasten eines Dritten* geschlossen, so ist die Form *nur dann* erforderlich, wenn der Versprechende eventuell selbst leisten will. Denn anderenfalls liegt kein Vertrag vor, durch welchen sich „der eine Teil" der Vertragschließenden zur Übereignung verpflichtet. Der nicht beteiligte Dritte kann durch einen solchen Immobiliarvertrag überhaupt nicht verpflichtet werden, auch nicht in dem Falle, wo er Erbe des Versprechenden geworden ist. Hier würde er zwar an sich in den Vertrag seines Erblassers eintreten,[2]) aber da der Vertrag nicht beurkundet ist, so bleibt der Erbe frei. Es dürfte sich daher für die Parteien empfehlen,

---

[1]) Hellwig, S. 68; Matthiaß I, S. 396 ff.; Planck § 328, A. 4.
[2]) Matthiaß I, S. 396.

den Vertrag zu Lasten des Dritten gerichtlich oder notariell abzufassen, wenn nach Lage der Verhältnisse die Beerbung des Versprechenden durch den Dritten in kürzerer Frist zu erwarten steht. Erklärt sich der Dritte bereit, die Grundstücksübertragung zu vollziehen, so erzeugt er damit die ihm zugedachte Verpflichtung; dieselbe wird aber erst dann verbindlich und klagbar, wenn die Beurkundung des die Verpflichtung enthaltenden Vertrages erfolgt ist.

b) Der § 313 will nur diejenige Verpflichtung unter den Formzwang stellen, welche auf Übertragung des *Eigentums* an einem Grundstück gerichtet ist.

Damit ist grundsätzlich die Übernahme der Verpflichtung, den Besitz an einem Grundstück zu übertragen, von der Formvorschrift ausgenommen. Ebenso sind Werkverdingungsverträge über Grundstücke, z. B. die Geschäfte der Bauunternehmer und Bauhandwerker, formlos gültig.[1]) Ferner werden alle obligatorischen Verträge über sonstige dingliche Rechte an Grundstücken, z. B. Bestellung eines Nießbrauchs, von der Bestimmung nicht betroffen. Die Ausdehnung auf Erbbaurechte, Grunddienstbarkeiten, persönliche Dienstbarkeiten, Reallasten, Hypotheken und Grundschulden im besonderen war bei Beratung des Entwurfs beantragt worden, wurde aber von der Kommission abgelehnt, weil der erweiterte Formzwang eine erhebliche Erschwerung des Verkehrs bedeuten würde.[2]) Dennoch ist der Vertrag, durch welchen sich jemand zur Bestellung eines Erbbaurechtes oder der Erbbauberechtigte zur Übertragung seines Erbbaurechtes verpflichtet, der Form des § 313 unterworfen und bildet daher eine Ausnahme vom Prinzip. Nach § 1017 sollen nämlich für das Erbbaurecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und zu diesen gehört u. a. der § 313.[3])

---

[1]) Staub II, § 350, A. 17.

[2]) Prot. I, 462.

[3]) Vgl. Biermann, S. 135; Hachenburg, S. 87; Matthiaß I, S. 384; Oertmann, A. 3; Planck, A. 1; Scherer, Anm.; Schollmeyer, A. 1a; Szkolny und Caro, A. 1; Turnau und Förster I, S. 410.

2. bei Veränderung des Schuldverhältnisses
a) in der Person des Gläubigers (Abtretung),
b) in der Person des Schuldners (Schuldübernahme).

§ 4.

1. Die einzelnen Forderungen aus dem obligatorischen Vertrage, und somit auch die Forderung auf Übertragung des Grundstückseigentums können abgetreten werden. Wenn auch die Abtretung von Forderungen im allgemeinen formfrei ist, so fragt sich doch, ob sie nicht im letztgenannten Falle der Formvorschrift unterworfen ist. Scherer[1]) bejaht die Frage: der sozialrechtliche Zweck des § 313 liege klar zu Tage. Der Grundbesitz solle geschützt, ein unüberlegtes Wandern von Hand zu Hand solle verhindert, die Wichtigkeit des Grundstückserwerbes wie -verlustes solle auf diese Weise im Verkehrsleben zum allgemeinen Bewußtsein gebracht werden. Mittelst einer formlosen Cession wäre zu Gunsten der Güterschlächter gerade für die bäuerliche Bevölkerung eine bequeme Vereitelung des Gesetzes ermöglicht. So sehr die Ansicht Scherers innerlich begründet erscheinen mag, so läßt sie sich aus dem Gesetz doch nicht rechtfertigen. Es ist vielmehr zu sagen, daß die Cession der Forderung auf Eigentumsübertragung an einem Grundstück rechtsgültig formlos erfolgen kann.[2]) Diese Annahme wird von Dernburg[3]) damit begründet, daß der Cessionar nur ein Recht, nicht aber ein Grundstück vom Cedenten erwerbe. Dagegen läßt sich aber einwenden, daß durch den obligatorischen Vertrag der ursprüngliche Gläubiger ebensowenig ein Grundstück erhält, wie infolge der Cession der neue Gläubiger; in beiden Fällen erhalten die Gläubiger nur ein Recht, nämlich den Anspruch auf Abschluß des dinglichen Vertrags nach § 873 i. V. m. § 925. Erst letzterer enthält die Einigung der Kontrahenten dahin, daß das Eigentum des Grundstücks auf den Erwerber übergehen soll (Auflassung), und mit

---

[1]) Scherer, A. 7 und das 1. Jahr S. 79, ebenso Brettner im Recht 1900, S. 319.

[2]) Staub II, § 350, A. 18; Landsberg i. d. Jur.-Ztg. 1901, S. 350; Martinius in d. Gutachten I, S. 57.

[3]) Dernburg II 1, § 80, Note 9 u. 10.

der Eintragung endlich geht das Eigentum über. Die Motivierung Dernburgs ist also unzureichend.

Der Grund für die Formlosigkeit der Cession ist vielmehr darin zu suchen, daß die Abtretung ein Vertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger (§ 398) und nicht ein solcher des einen oder anderen Gläubigers mit dem Schuldner ist. Der Schuldner übernimmt infolge der Abtretung keine neue Verpflichtung, das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen, sondern hat lediglich die bestehende Verpflichtung gegen den Rechtsnachfolger seines Gläubigers zu erfüllen. Wenn aber kein neuer Vertrag vorliegt, in welchem die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstückes übernommen wird, so kann auch nicht § 313 zur Anwendung kommen.

2. Ebenso wie die Forderung aus dem obligatorischen Vertrage auf einen neuen Gläubiger, so kann auch die Verpflichtung aus demselben auf einen neuen Schuldner durch Vertrag übertragen werden, und es erhebt sich hier wieder die Frage, ob der an und für sich formfreie Schuldübernahmevertrag unter die Vorschrift des § 313 fällt.

Bei diesem ist der Wille der Parteien darauf gerichtet, daß die bestehende Verpflichtung übergehen, nicht eine neue erzeugt werden soll. Die Verpflichtung ist bei dem obligatorischen Vertrag das Wesentliche gewesen, nicht die Person des Schuldners, und daher muß für den Schuldübernahmevertrag Formlosigkeit angenommen werden, auch wenn darin die Verpflichtung, „das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen," übernommen ist.[1]) Hellwig[2]) allerdings giebt die Formfreiheit nur für den Fall zu, wenn die Schuldübernahme zwischen dem Dritten und dem Gläubiger vereinbart ist. Andernfalls müsse die Form des § 313 beobachtet werden; es sei ein Spiel mit Worten, wenn man behaupten wolle, daß der Dritte dann nur in die vorhandene Verpflichtung eintrete und nicht eine neue Verpflichtung eingehe. Dagegen ist zu bemerken, daß bei der Schuldübernahme in allen Fällen die Identität der Verpflichtung aufrecht erhalten bleibt, und daß daher eine Scheidung zwischen dem Übernahme-

[1]) Cosack I, S. 384, 387 (Z. 2); Staudinger, § 414, A. 2; 415, A. 10.

[2]) Hellwig, S. 174 f.

vertrage des Dritten mit dem Gläubiger und dem des neuen mit dem bisherigen Schuldner nicht gemacht werden darf. Auch das Gesetz selbst kennt diese Scheidung, welche Hellwig hineinbringen will, nicht, denn für beide Übernahmeverträge gilt der Satz, „daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt," d. h. also, daß er in die vorhandene Schuld eintritt (arg. § 414 i. V. m. § 415). Man könnte Hellwig noch entgegenhalten, daß dann ebensogut die mit dem Gläubiger verabredete Übernahme der Verpflichtung eine neue Erzeugung der Schuld bedeuten muß, denn auch hier verpflichtet sich der Übernehmer, „das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen."

3. bei Aufhebung des Schuldverhältnisses.

§ 5.

I. Solange die Auflassung noch nicht erfolgt ist, können die Parteien den formellen Vertrag durch formlose Vereinbarung wieder aufheben. Denn der Aufhebungsvertrag ist kein „Vertrag, durch welchen sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen".[1]) Scherer, der früher[2]) auch für die Aufhebung des obligatorischen Vertrages die Anwendbarkeit des § 313 für gegeben hielt, hat sich neuerdings[3]) zur entgegengesetzten Ansicht bekannt, und zwar um deswillen, weil die römische Rechtsregel: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet[4]), nicht in das B. G. B. aufgenommen sei und folgerecht auch keine Geltung haben könne. Daß sie nicht gelte, gehe im besonderen auch daraus hervor, daß für die Aufhebung von Verträgen nur ausnahmsweise dieselbe Form ausdrücklich vorgeschrieben sei wie für den Abschluß derselben, so in § 2290 (Erbvertrag) und § 2351 (Erbverzicht). Hellwig,[5]) der die formlose Aufhebung ebenfalls für genügend erachtet, leitet seine Ansicht aus einer positiven Bestimmung des Gesetzes her, näm-

[1]) Staub II, § 350, A. 18.

[2]) Scherer, A. 8.

[3]) Scherer das 1. Jahr, S. 65 u. 79.

[4]) l. 80 D. de sol. 46, 3.

[5]) Hellwig, S. 70, vgl. Senff. Arch. 36, Nr. 178; Dernburg Pr. Pr. I, § 101, Nr. 4; Förster-Eccius I, § 87, Nr. 53 ff.

lich aus dem § 397, und führt aus, daß in der Aufhebung ein gegenseitiger Schulderlaß liege; wenn aber die Beobachtung einer Form für den Erlaß der Leistungspflicht des einen Teils nicht erforderlich sei, so müsse das Gleiche auch bei dem gegenseitigen Erlaß gelten.

II. Wenn andererseits der formgerecht beurkundete Vertrag nach erfolgter Auflassung wieder aufgehoben wird, so ist die Formvorschrift des § 313 zweifellos von neuem zu beobachten, denn es handelt sich dann in Wahrheit um einen neuen Vertrag, in welchem der durch die Auflassung Eigentümer gewordene Kontrahent die Verpflichtung übernimmt, das erworbene Grundstück wieder zurückzuübereignen.[1]) Eine praktisch wichtige Ausnahme bildet aber der Wandelungsvertrag beim Kaufvertrage.[2])

III. Das durch den obligatorischen Vertrag begründete Schuldverhältnis kann auch dadurch erlöschen, daß die eine Partei von dem ihr vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrechte Gebrauch macht. Die Erklärung des Rücktritts hat zur Folge, daß die Parteien verpflichtet sind, „einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren" (§ 346 B. G. B.). Das bisherige Schuldverhältnis erlischt ipso iure, und die Kontrahenten treten in ein neues gegenseitiges Schuldverhältnis ein.[3]) Hat die Auflassung des Grundstücks bei der Rücktrittserklärung noch nicht stattgefunden, so kann die Anwendbarkeit des § 313 nicht in Frage kommen. Wenn aber das Grundstück inzwischen aufgelassen ist und der Erwerber infolge des Rücktritts verpflichtet ist, das Eigentum auf den Veräußerer zurückzuübertragen, so liegen anscheinend die Voraussetzungen des § 313 vor.

Das Verpflichtungsverhältnis der Parteien bildet indes keinen Vertrag im Sinne des § 313, sondern besteht lediglich in den Folgen, welche vom Gesetz an die einseitige Rücktrittserklärung geknüpft sind. Infolgedessen kann der § 313 auf das durch den Rücktritt geschaffene Schuldverhältnis keine Anwendung finden, auch wenn dasselbe die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung in sich schließt.

---

[1]) Scherer, A. 8, das 1. Jahr, S. 65.

[2]) u. S. 17 f.

[3]) Matthiaß I, S. 409; Planck II, Vorbem. z. 5. Tit., S. 127; Staudinger II, § 346, A. 1.

II. Im besonderen.

1. Die Veräußerungsverträge.

a) Kauf und Tausch.

§ 6.

I. Unter den Verträgen, durch welche sich jemand zur Eigentumsübertragung an einem Grundstück verpflichtet, sind die wichtigsten, weil häufigsten, die Kauf- und Tauschverträge, und an sie hatte der Gesetzgeber bei Aufnahme der Bestimmung des § 313 auch vorzugsweise gedacht.[1])

Der Kauf- bezw. Tauschvertrag — letzteren stellt das B. G. B. in § 515 dem Kauf ausdrücklich gleich — ist in der Regel an keine Form gebunden; betrifft er jedoch ein Grundstück, so bedarf er der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Endemann[2]) bezeichnet für Immobiliarkauf- oder Tauschverträge als Erfordernis den gerichtlichen oder notariellen Abschluß und verleitet dadurch leicht zu der irrtümlichen Ansicht, daß diese gesteigerte Form verlangt werde, der zufolge die vertragschließenden Teile bei der Urkundsaufnahme durch Gericht oder Notar gleichzeitig anwesend sein müssen. Der § 313 spricht aber mit klaren Worten aus, daß nur die einfachere Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung zu beobachten ist.

II. Wenn in dem Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs oder Vorkaufs vorbehalten ist, so ist ein solcher Vorbehalt selbstverständlich in gleicher Weise wie der übrige Vertragsinhalt der Form unterworfen. Bedeutung gewinnt die Frage nach der Anwendbarkeit des § 313 daher erst, wenn das Wieder- bezw. Vorkaufsrecht in einem besonderen Vertrage,[3]) nicht minder, wenn der Vorbehalt des Vorkaufes in einem der strengen Form des § 313 nicht bedürfenden Vertrage, z. B. einem Mietsvertrage, eingeräumt wird.[4]) Über den rechtlichen Charakter des bei dem Wieder- bezw. Vorkaufsrechte vorhandenen Verhältnisses

---

[1]) Prot. I, 461; Denkschr. 47.

[2]) Endemann I, S. 698.

[3]) Mot. II, 339; Oertmann, § 497, A. 2; Planck, Vorbem. z. § 497, A. 1; Staudinger, § 497, A. 2.

[4]) Scherer, A. 3.

sind die Meinungen geteilt.[1]) Daß die verschiedenen Theorieen nicht lediglich ein theoretisches Interesse haben, wie Staudinger[2]) annimmt, zeigt sich gerade bei der Beantwortung der uns hier beschäftigenden Frage.

1) Faßt man nämlich die Einräumung des einen oder anderen Vorbehaltes als Vorvertrag auf, so ist § 313 zu beobachten, wie oben[3]) bei Erörterung des Vorvertrages ausgeführt wurde.

2) Erblickt man darin eine unwiderrufliche Kaufofferte,[4]) so muß die Frage nach der Anwendbarkeit des § 313 ebenfalls bejaht werden.

3) Das Gleiche gilt, wenn man annimmt, daß der Vorbehalt des Wiederkaufs ein „Recht auf Einlösung, also auf Rückforderung des Kaufgegenstandes" und der des Vorkaufs einen „Anspruch auf Herausgabe gegen Geld, bedingt durch die Vornahme des Verkaufs von dem Vorkaufsverpflichteten" gewährt,[5]) denn die Einräumung schließt auch hier die Verpflichtung, „das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen," in sich.

4) Nach einer anderen Auffassung wird ein bedingter Verkauf angenommen[6]). Auch bei Zugrundelegung dieser Theorie ergiebt sich die Notwendigkeit der Anwendung des § 313. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein Vertrag, in welchem sich jemand unter einer Bedingung verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, einem unbedingten Vertrage gleichstehen muß.[7])

5) Der § 313 käme aber nicht in Betracht, wenn man in den eingeräumten Vorbehalten ein Rücktrittsrecht erblicken wollte.[8]) Diese Konstruktion hat freilich wenig für sich, denn ihre Unhaltbarkeit springt

---

[1]) Matthiaß I, S. 521, 526; Sonntag, S. 31.

[2]) Vorbem. zu § 497, A. 3.

[3]) S. 6 f.

[4]) So Planck a. a. O. A. 3 u. Vorbem. zu § 504 A. 4.

[5]) Schollmeyer S. 22 ff.

[6]) Matthiaß a. a. O.; Oertmann S. 217, Vorbem. zu § 497; Prot. II. 98; Stammler S. 13.

[7]) Mugd. u. Falkm. 1901, S. 75; Seuff. Arch. 56, Nr. 72.

[8]) ob. S. 14.

sofort in die Augen, wenn man die §§ 346 und 500 miteinander in Vergleich zieht.[1])

Die neueren Entscheidungen der oberen Gerichte vertreten denn auch durchgehend den Standpunkt, daß der ein Wieder- bezw. Vorkaufsrecht einräumende Vertrag der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form unterliegt.[2]) Die Ausübung des eingeräumten Rechts ist dagegen formfrei.[3])

III. Wenn das Grundstück mit Mängeln behaftet ist, welche den Verkäufer zur Gewährleistung nach Maßgabe der §§ 459 ff. verpflichten, so kann der Erwerber nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) und in gewissen Fällen statt der Wandelung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[4]) Bei der Prüfung der Anwendbarkeit des § 313 interessiert hier nur die Wandelung, da durch die Minderung die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung nicht berührt wird. Die Wandelung selbst kommt aber auch nur insoweit in Betracht, als sie durch Vertrag vollzogen wird, und es kann daher die Streitfrage, ob sie sich auch durch Klage und Einrede vollziehen könne, dahin gestellt bleiben.[5]) Da auf den Wandelungsvertrag die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltende Vorschrift des § 346 entsprechende Anwendung finden soll (§ 467 B. G. B.), so ergiebt sich, daß der Käufer, welchem das verkaufte Grundstück inzwischen aufgelassen wurde, zur Rückübereignung desselben an den Verkäufer verpflichtet ist. Diese Verpflichtung muß anscheinend der Form des § 313 unterworfen werden. Es ist indes zu sagen, daß der Wandelungsvertrag bereits in dem Augenblick vollzogen ist, in welchem der Verkäufer sein Einverständnis damit erklärt, daß gewandelt werden soll. Wenn aber die Rechtswirk-

---

[1]) Vgl. Matthiaß I, S. 521.

[2]) Mugd. u. Falckm. 1900, S. 293; 1901, S. 74; Scherer, das 1. Jahr, S. 65 u. 79 (vgl. auch R. G. 10, S. 122 u. contra 16, S. 257).

[3]) § 497, Abs. 1, Satz 2; § 505, Abs. 1, Satz 2. Ungenau Dernburg I 2, § 80, A. 10: „Wiederkauf eines Grundstückes fordert die Form nicht, ebensowenig Vorkauf."

[4]) §§ 462, 463. Im Falle des § 468 kann der Käufer regelmäßig nur Preisminderung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern.

[5]) Vgl. hierüber Matthiaß I, S. 500.

samkeit kraft gesetzlicher Bestimmung schon vor der Beurkundung vorhanden ist, so bedarf es zur Gültigkeit des Vertrages überhaupt nicht mehr der Form. Würde der Wandelungsvertrag erst durch die Beurkundung rechtsverbindlich werden, so wäre die Vorschrift des § 462 illusorisch, denn der Verkäufer könnte auf Grund des nichtigen, weil formlosen Wandelungsvertrages nicht zur Vornahme des gerichtlichen oder notariellen Aktes und damit auch nicht zur Wandelung gezwungen werden. Der Käufer hätte zwar das Recht zur Erhebung der Wandelungsklage, dies Recht wäre ihm aber versagt, wenn der Verkäufer sich mit der Wandelung einverstanden erklärt und nur die Beurkundung verweigert. Die Entscheidung der Frage, ob der Wandelungsvertrag der Form des § 313 unterliegt oder nicht, kann daher nach dem Gesagten nur im Sinne der zweiten Alternative gefällt werden.[1])

b) Schenkung.

§ 7.

Der Schenkungsvertrag ist im allgemeinen formlos, zumal bei sofortigen Entäußerungen, den sogenannten Realschenkungen. Eine Ausnahme statuiert das B. G. B. aber für das obligatorische Schenkungsversprechen, d. h. für diejenige unentgeltliche Zuwendung, welche in der Begründung des Forderungsrechts auf die versprochene Leistung besteht.[2]) Dies Versprechen unterliegt nach § 518 der gerichtlichen oder notariellen Form. Zweck der Vorschrift ist die Verhütung übereilter Schenkungsversprechen und Beseitigung der Zweifel, ob ein wirkliches Schenkungsversprechen oder nur die Ankündigung der Absicht, künftig schenken zu wollen, vorliegt.[3]) In gewisser Hinsicht deckt sich dieser Paragraph mit § 313, insofern als für die vertragsmäßige Verpflichtung zur schenkungsweisen Grundstücksveräußerung die gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt wird. Aber die Bestimmung des § 313 ist weitergehend, indem im Gegensatz zu § 518 nicht lediglich die Beurkundung des Versprechens des Schenkers, sondern auch die Annahmeerklärung des Beschenkten erfordert wird; denn nach

[1]) So auch Fischer-Henle, § 465, A. 3; Staudinger, § 465, A. 1.
[2]) Endemann I, S. 739; Matthiaß I, S. 531.
[3]) Mot. II, S. 293.

dem Wortlaut des § 313 ist der „Vertrag" zu beurkunden, während nach § 518 das „Versprechen" der Formvorschrift unterstellt wird.[1]) Der § 313 und nicht § 518 ist anzuwenden, sobald Grundstücke schenkweise in einem Vertrage versprochen werden, denn für diese ist die spezielle strengere Vorschrift gegeben worden.[2])

2. Der Leibrentenvertrag.

§ 8.

Der Vertrag, in welchem der eine Teil verspricht, dem anderen oder einem Dritten eine Leibrente zu gewähren (Leibrentenvertrag), ist hinsichtlich des Versprechens der Schriftform unterworfen, „soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist" (§ 761). Daraus folgt, daß die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Leibrentenvertrags erfolgen muß, wenn die Gegenverpflichtung die Übereignung eines Grundstücks zum Inhalte hat; insofern ist also die Anwendbarkeit des § 313 gegeben.[3])

Die Annahme des Leibrentenversprechens durch den anderen Kontrahenten braucht nicht besonders beurkundet zu werden, da sie ja schon in der Übernahme der Gegenverpflichtung zum Ausdruck kommt. Die Form erübrigt sich gleichfalls betreffs der Annahme seitens des Dritten, zu dessen Gunsten die Rente vereinbart wurde.[4])

Wie beim Leibrentenvertrage so findet die im § 313 vorgeschriebene Form auch bei dem Leibgeding- (Leibzucht-, Altenteils- oder Auszugs-) Verträge in dem Falle Anwendung, wo die Überlassung eines Grundstücks zu Eigentum als Gegenverpflichtung übernommen wird.[5]) Einer besonderen Statuierung der urkundlichen Form durch die Landesgesetzgebungen, denen das B. G. B. im E. G., Art. 96, die Regelung im übrigen zugewiesen hat,[6]) bedurfte es daher nicht.[7])

---

[1]) Planck § 518, A. 1.

[2]) Staudinger § 518, A. 2; Goldmann u. Lilienthal I, § 94, A. 9.

[3]) Engelmann, S. 417; Matthiaß I, S. 636; Planck, § 761, Anm.; Staudinger, § 761, A. 3.

[4]) Vgl. ob. S. 9 und § 330 B. G. B.

[5]) Biermann, S. 135; Turnau u. Förster I, S. 496.

[6]) Vgl. die A. G. von Anhalt, Art. 28; Baden, Art. 9; Bayern, Art. 32—48; Hessen, Art. 37—66; Lippe, § 22, 23; Lübeck, § 27—43;

3. Der Sicherungsvertrag und die Feststellungsverträge.

a) Bürgschaft.

§ 9.

Im Bürgschaftsvertrage verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen (§ 765). Die hauptschuldnerische Verbindlichkeit und ebenso ihre Sicherung durch die Bürgschaft können Verpflichtungen aller Art betreffen, folglich auch diejenige auf Übereignung eines Grundstücks.[1])

Die Verpflichtung des Bürgen kann möglicher Weise darauf ausgehen, daß er dasselbe Grundstück, welches der Dritte versprochen hat, gegebenen Falls auf den Gläubiger übertragen soll. Eine derartige Bürgschaftsübernahme wird praktisch allerdings höchst selten vorkommen. Zweifellos fällt die Bürgschaft in solchem Falle aber unter die Vorschrift des § 313 und nicht unter § 765, welcher nur einfache Schriftform verlangt. Denn der Zweck des § 313, bei Grundstückserwerb und -veräußerung erhöhten Schutz gegen Übereilung zu bieten, würde leicht vereitelt werden, wenn der Bürge die Verpflichtung, das Grundstück zu übereignen, durch ein privates Schriftstück übernehmen könnte. Es würde außerdem einen Widerspruch in sich enthalten, wenn das Gesetz nur den Hauptschuldner durch die Beurkundung zu einer sorgfältigen Überlegung zwänge, bei dem Bürgen aber diese Überlegung nicht forderte. Zwar gewährt der § 771 dem letzteren einen gewissen Schutz durch die Einrede der Vorausklage, aber da diese in weitem Umfange ausgeschlossen ist,[2]) so ist der Bürge oft thatsächlich nicht geschützt.

Preußen, Art. 15; Reuß ältere Linie, § 33—48; Reuß j. L., § 30—45; Sachsen, § 31; S.-Altenburg, § 38—47; S.-Coburg u. Gotha, Art. 14; S.-Meiningen, Art. 11; S.-Weimar-Eisenach, § 35—54; Schwarzburg-Rudolstadt, Art. 32—43; Schwarzburg-Sondershausen, Art. 16; Waldeck-Pyrmont, Art. 12.

[7]) Vgl. aber Bremen, Ges. v. 18. Juli 1899, Art. 5, § 22.

[1]) Vgl. Cosack I, S. 575; Mot. II, 659.

[2]) § 773 B. G. B., vgl. Matthiaß I, S. 645.

b) Vergleich.

§ 10.

Der Vergleich (§ 779 B. G. B.) hat einen obligatorischen Charakter, insofern als für die Parteien persönliche Verpflichtungen durch seinen Abschluß begründet werden,[1]) und kommt daher für unsere Untersuchung in Betracht. Die Beobachtung einer sonst nicht verlangten Form kann erforderlich werden, wenn sie für den Vertrag im übrigen vorgeschrieben ist. Folglich unterliegt der Vergleich der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gemäß § 313, wenn in demselben von dem einen Vertragschließenden die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück übernommen wird.

Einem im Sinne des § 313 beurkundeten Vergleiche steht der vor dem Amtsgericht in einem Sühnetermin geschlossene oder der nach Erhebung der Klage innerhalb des Prozesses protokollierte Vergleich vollkommen gleich,[2]) mag das Grundstück Gegenstand des Rechtsstreits gewesen sein oder nicht.[3]) Daher braucht ein gerichtlicher Vergleich nicht mehr besonders beurkundet zu werden.

c) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.

§ 11.

Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen sind einseitig verpflichtende abstrakte Verträge und bedürfen der schriftlichen Form (§§ 780—782 B. G. B.). Diese hat aber nur einen subsidiären Charakter; denn soweit eine andere Form vom Gesetz vorgeschrieben ist, unterliegen das Schuldversprechen wie auch das Schuldanerkenntnis dieser Form (§§ 780, 781). Folglich müssen sie gerichtlich oder notariell beurkundet werden, wenn sie die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung betreffen.

Nach § 782 soll die Beobachtung der schriftlichen Form nicht erforderlich sein, wenn sie im Wege des Vergleichs erteilt werden.

---

[1]) Vorbem. z. 19. Tit. bei Planck S. 523 u. Staudinger S. 630.

[2]) Deutsche Juristen-Ztg. 1901, S. 459/60; Mugd. u. Falckm. 1901, S. 51.

[3]) Sydow u. Busch z. C. P. O., § 160, Anm. 2, vgl. auch C. P. O., § 510, § 794, Z. 1, 2.

Wird nun in einem Vergleiche die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, begründet (Schuldversprechen) oder als bestehend anerkannt (Schuldanerkenntnis), so wäre eine Umgehung der Formvorschrift des § 313 leicht möglich, und damit der Zweck dieser Vorschrift illusorisch. Das ist aber vom Gesetz nicht beabsichtigt. Der § 782 spricht nur aus, daß bei einem Vergleiche die „schriftliche Form" nicht verlangt werde, damit läßt es das Erfordernis einer eventuell anderen als schriftlichen Form, auf welches im § 780 und 781 hingewiesen wird, unberührt.[1]) Folglich ist das in einem Vertrage abgegebene abstrakte Versprechen oder Anerkenntnis der Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, stets der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313 unterworfen.

4. Gemeinschaftsverhältnisse.

a) Gemeinschaft, Gesellschaft.

§ 12.

Das B. G. B. hat die Gemeinschaftsverhältnisse teils im römischrechtlichen, teils im deutschrechtlichen Sinne geregelt.

I. Die Gemeinschaft der ersteren Art besteht in der Gemeinsamkeit eines Rechtes unter mehreren Personen, und zwar nach Bruchteilen (Quoten, ideellen Anteilen)[2]). Sie kommt für unsere Prüfung in Betracht, wenn sie durch einen obligatorischen Vertrag auf Übereignung eines Grundstücks begründet werden soll, also in dem Falle, in welchem das Grundstück in das Miteigentum übergehen soll (§ 1008 ff.). Die Form des § 313 ist dann selbstverständlich zu wahren, denn der Eigentümer verpflichtet sich zur Aufgabe seines bisherigen Eigentums und zur Auflassung an die mehreren Gemeinschafter. Daß er selbst zu diesen Gemeinschaftern gehört, ist ohne Belang, denn das entstehende Miteigentum an dem Grundstück giebt ihm ein neues Recht, welches von dem bisherigen Recht an Umfang und Inhalt völlig verschieden ist. Wenn der einzelne Miteigentümer, der über seinen Bruchteil am Grundstücke durch Veräußerung ver-

[1]) Vgl. Matthiaß I, S. 656; Bernhöft § 138. A. M. Lehmann S. 32.
[2]) Bernhöft, § 131; B. G. B. § 741.

fügen kann (§ 747, Satz 1), von dieser Verfügungsbefugnis Gebrauch macht, so hat er die Vorschrift des § 313 zu beobachten, gleichviel ob er sich in dem obligatorischen Vertrage zur Eigentumsübertragung an einen Miteigentümer oder einen Dritten verpflichtet.[1])

II. Das deutschrechtliche Prinzip der gesamten Hand ist vom Gesetz bei der Gesellschaft (§§ 705 ff.)[2]) und den ehelichen Gütergemeinschaften (§§ 1438, 1442, 1471, 1483) als allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519), Fahrnisgemeinschaft (§ 1549) zur Geltung gebracht. Der § 313 kann indes nur bei der Gesellschaft in Frage kommen, da die Eheverträge ohnehin schon gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen (§ 1434, 2276).

1. Das Erfordernis der Form des § 313 ist für den an sich formfreien Gesellschaftsvertrag gegeben, sobald sich ein Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks dem Rechte nach — quoad sortem — und nicht dem Gebrauch und der Nutzung nach — quoad usum — verpflichtet.[3])

Zweifelhaft wird die Formfrage aber dann, wenn sämtliche Miteigentümer eines Grundstücks sich zu einer Gesellschaft vereinigen und dieses Grundstück einbringen. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß keine Veräußerung vorgenommen werden soll, weil die Gesellschaft keine selbständige, von den Gesellschaftern verschiedene Persönlichkeit ist, so muß man zur Annahme der Formlosigkeit des Gesellschaftsvertrages gelangen. Nach der anderen, juristisch begründeteren Ansicht liegt auch in diesem Falle die Verpflichtung zu einer Veräußerung vor, denn die Einbringung des Grundstücks in das gesamthändische Eigentum bedeutet eine wesentliche Veränderung des bisherigen Rechtszustandes. Jeder Miteigentümer verpflichtet sich

---

[1]) Dasselbe gilt in Preußen bei den Gewerkschaften für die Verpflichtung zur Veräußerung eines Kuxes, denn die Kuxe stellen sich als Miteigentumsanteile nach Bruchteilen dar. Preuß. A. G. B. G. B., Art. 37, Nr. 13; vgl. Turnau u. Förster II, S. 418.

[2]) Denkschr. 87; Planck, Vorbem. z. 14. Tit., S. 452; Windscheid-Kipp II, S. 727. 737. Der E. I, § 629 ff., hatte die Gesellschaft nach den Grundsätzen der römischrechtlichen societas ausgestaltet.

[3]) Matthiaß I, S. 622; Staudinger § 705, A. IV, 3a; Engelmann S. 384; Knoke S. 26.

zur Uebereignung seines ideellen Anteils, um dafür seinen Anteil am Gesamteigentum zu empfangen. Die Formvorschrift des § 313 ist daher auch dann zu beobachten, wenn das einzubringende Grundstück bisher im Miteigentum sämtlicher Gesellschafter gestanden hat.[1])

2. Tritt ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ein, so muß der Aufnahmevertrag gemäß § 313 beurkundet werden, wenn der Gesellschafter sich verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen. Ob der Aufnahmevertrag aber auch dann zu verbriefen ist, wenn er eine solche Verpflichtung des neuen Gesellschafters nicht enthält, zum Gesellschaftsvermögen jedoch Grundstücke gehören, ist bestritten. Nagler[2]) fordert die gerichtliche oder notarielle Beurkundung, Knoke[3]) andererseits ist der Meinung, daß der Aufnahmevertrag formlos abgeschlossen werden könne, denn es werde ja keinerlei Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet, vielmehr werde der neue Gesellschafter schon durch den Abschluß des Aufnahmevertrages selbst Miteigentümer. Dieser letzteren Ansicht muß beigepflichtet werden. Wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters sein Anteil den übrigen Gesellschaftern zuwächst (§ 738 B. G. B.), bevor die Grundbucheintragung erfolgt, so vermindert sich also auch bei Neuaufnahme eines Gesellschafters jeder Anteil der bisherigen Gesellschafter unmittelbar durch den Abschluß des Aufnahmevertrages zu Gunsten des Neueintretenden. Das Grundbuch stimmt dann nicht mit der wirklichen Rechtslage überein und muß infolgedessen berichtigt werden.

b) Auseinandersetzungsvertrag.

§ 13.

Der § 313 kommt auch bei Teilungen bezw. Auseinandersetzungen zur Anwendung, wenn dieselben durch Verträge beschlossen werden.[4]) Der Auseinandersetzungsvertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form, sobald er den Eigentumswechsel eines mehreren Personen gehörenden Grundstücks bezweckt. Dies wird besonders bei

---

[1]) Staub I, § 105, A. 27; Achilles-Strecker I, S. 40.
[2]) i. Sächs. Arch. 10, S. 745 f.
[3]) i. Arch. f. b. R. 20, S. 183.
[4]) Scherer A. 1; Turnau u. Förster I, S. 316.

der Beendigung der im vorhergehenden Paragraphen genannten Gemeinschaftsverhältnisse praktisch sein. Aber auch dann, wenn die Gemeinschaft nicht auf Grund eines Vertrages, sondern z. B., wie bei Miterben, infolge einseitiger Verfügung entstanden war, muß die Beurkundung erfolgen, wenn der Teilungsvertrag sich auf Grundstücke bezieht.

5. Die obligatorischen Immobiliarverträge im Gebiete des Handelsrechts.

§ 14.

Der § 350 des H. G. B. schließt für einige Schuldverhältnisse, welche nach dem B. G. B. formell abgefaßt sein müssen, nämlich für die Bürgschaftserklärung, das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis, die Form im Handelsverkehr unter bestimmten Voraussetzungen aus. Da die Formvorschriften des B. G. B. nicht allgemein ausgeschlossen werden, so folgt daraus, daß — von den Ausnahmen des § 350 abgesehen — diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit nach dem B. G. B. von der Beobachtung der Form abhängig ist, dieser auch in dem Falle unterworfen werden müssen, wenn sie Handelsgeschäfte sind.[1]) Daher muß derjenige obligatorische Immobiliarvertrag, welcher sich als Handelsgeschäft charakterisiert, der Formvorschrift des § 313 B. G.-B. ebenso entsprechen wie der außerhalb eines handelsgewerblichen Betriebes geschlossene.

Scherer[2]) bestreitet die Anwendbarkeit des § 313 bei Handelsgeschäften, da das H. G. B. für diese Formfreiheit gewähre. Aus diesem Grunde sei die Form z. B. auch nicht erforderlich, wenn ein Handelsgeschäft, zu welchem Grundstücke gehören, im Ganzen übertragen werde; das H. G. B. behandle diese Materie. Die Bestimmung des § 350 H. G. B. hat Scherer offenbar übersehen, denn sonst hätte er dieselbe Folgerung ziehen müssen, welche die Mehrzahl der Schriftsteller gezogen hat. Das von Scherer angeführte Beispiel läßt sich aber auch ohne Berufung auf § 350 widerlegen. Die §§ 25—28 H. G. B., welche den Geschäftsübergang behandeln, beziehen sich nämlich lediglich auf das Verhältnis nach außen, d. h.

---

[1]) Endemann I, § 104, A. 2; Lehmann, S. 31; Staub II, § 350, A. 2.
[2]) Scherer A. 5.

auf das Verhältnis des Erwerbes zu den Gläubigern und Schuldnern des Handelsgeschäfts; auf das Verhältnis nach innen — unter den Kontrahenten selbst — finden dagegen ergänzend die Grundsätze des B. G. B. Anwendung,[1]) folgerecht auch der § 313.[2]) Da die Vorschrift des § 313 im Gebiete des Handelsrechts in derselben Weise beobachtet werden muß wie bei den bürgerlichrechtlichen obligatorischen Immobiliarverträgen so kann bezüglich der einzelnen Schuldverhältnisse kurzerhand auf die bisherigen Erörterungen über die Anwendbarkeit des § 313 verwiesen werden. Es bedarf indes noch einer Klarstellung, ob die im § 350 H. G. B. statuierten Ausnahmen auch den obligatorischen Immobiliarvertrag mitumfassen, und einer Ergänzung hinsichtlich der Gemeinschaftsverhältnisse, welche im Handelsrecht die verschiedenartigsten Ausprägungen erfahren haben.

a) Nach § 350 H. G. B. soll die Bürgschaft, welche auf der Seite des Bürgen, das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis, welche auf Seite des Schuldners Handelsgeschäfte sind, von den Formvorschriften der §§ 766, Satz 1, 780 und 781, Satz 1 B. G. B. ausgeschlossen sein. Will das Gesetz mit dieser Bestimmung grundsätzlich jede Form bei den genannten Verträgen verwerfen, oder sollen nur die Fälle getroffen werden, in denen Schriftlichkeit vom B. G. B. als genügend gefordert wird? Die Frage ist im zweiten Sinne zu bejahen. Betreffs des Schuldanerkenntnisses hat das H. G. B. die Entscheidung selbst gegeben, denn es ordnet den Ausschluß der Form nur im Falle des § 781, Satz 1 B. G. B. an, läßt also die im Satz 2 angezogene „andere Form" unberührt.[3]) Diese Entscheidung läßt aber zugleich deutlich erkennen, welchen Zweck der § 350 verfolgt: Der Vollkaufmann bedarf des Schutzes, den die Schriftform gewähren soll, nicht, wenn es sich um ein gewöhnliches Bürgschaftsversprechen, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis handelt, denn es wird von ihm vorausgesetzt, daß er genügend geschäftskundig und vorsichtig ist. Betrifft die Bürgschaft oder das Schuldversprechen

---

[1]) Die §§ 22—24 betreffen zwar auch das Verhältnis unter den Kontrahenten, aber nur hinsichtlich des Übergangs der Firma.

[2]) Dernburg II 1, § 80; Lehmann I, S. 90.

[3]) Lehmann, S. 32.

aber die Übereignung eines Grundstücks, so muß der Vollkaufmann gerade so geschützt werden wie jeder andere, denn der Abschluß von Immobiliarverträgen ist auch für ihn etwas Außergewöhnliches, und daher ist Übereilung leicht möglich. Aus diesem Grunde muß die gerichtliche oder notarielle Beurkundung auch der letztgenannten beiden Verträge gefordert werden.[1])

b) Wie bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so ist auch bei allen handelsrechtlichen Gesellschaften die Einbringung von Grundstücken quoad sortem möglich.

Die Formvorschrift des § 313 spielt bei der Gründung derjenigen Gesellschaften, deren Statut schon ohnehin gerichtlich oder notariell errichtet werden muß, keine Rolle. Hierher gehören die Aktien-Gesellschaft[2]), Kommandit-Gesellschaft auf Aktien,[3]) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.[4]) Dagegen ist § 313 gegebenen Falls zu beobachten, wenn eine offene Handels-Gesellschaft[5]), Kommandit-Gesellschaft oder stille Gesellschaft begründet wird, da die Gesellschaftsverträge dieser Gemeinschaften an sich keiner Form unterliegen. Die Anwendbarkeit des § 313 ist hier um so zweifelloser, als bezüglich der offenen Handels-Gesellschaft und Kommandit-Gesellschaft in den §§ 105, Absatz 2 und 161 H. G. B. ausdrücklich auf die Geltung der Vorschriften über die bürgerliche Gesellschaft hingewiesen wird, und wenn sich bei den Bestimmungen über die stille Gesellschaft auch nicht die gleiche Verweisung findet, so geht doch aus den §§ 355 ff. des H. G. B. klar hervor, daß in Zweifelsfragen ebenfalls die Vorschriften über die Gesellschaft das B. G. B. ergänzend angewendet werden müssen. Daß der Vertrag der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterliegt, wenn ein Grundstück inferiert werden soll, ist früher bereits erörtert worden, und insofern muß der § 313 zu den Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag gezählt werden.

---

[1]) Ebenso Lehmann S. 31 bez. des Schuldversprechens.

[2]) H. G. B. §§ 182, 186, Abs. 2.

[3]) H. G. B. §§ 321, 320, Abs. 3.

[4]) Ges. vom 20. April 1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, § 2.

[5]) Turnau u. Förster I, S. 316.

Es erübrigt noch, einen Blick auf die Rhederei und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften zu werfen. Letztere erfordern nach § 5 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898) Schriftlichkeit des Statuts. Will einer der Genossen seine Einlage derart leisten, daß er sich verpflichtet, ein Grundstück zum Eigentum zu überlassen, so bedarf das Statut wieder der Form des § 313.

Die Rhederei bildet entweder von Rechts wegen eine Rhederei mit eigenartiger Gesellschaftsbildung (§§ 498 ff. H. G. B.) oder sie ist als offene Handels-Gesellschaft, Aktien-Gesellschaft oder in jeder anderen Form organisiert. Im ersten Falle ist infolge der eigentümlichen Gestaltung die Einbringung von Grundbesitz nicht denkbar, in den übrigen Fällen ergiebt sich die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 313 aus dem bei den einzelnen Gesellschaften Gesagten.

Kapitel III.

Die im § 313 vorgeschriebene Form.

I. Nach Reichsrecht:

1. Sachliche und örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson.

§ 15.

Im § 313 ist für den obligatorischen Immobiliarvertrag die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben. Nähere Bestimmungen über die Art und Weise, in welcher die öffentliche Beurkundung zu erfolgen hat, enthält das B. G. B. nicht; das zu beobachtende Verfahren ist vielmehr in einem besonderen Gesetze, dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17./20. Mai 1898, geregelt. Die Vorschriften dieses Gesetzes können durch die Landesgesetze ergänzt und ausgeführt werden,[1]) auch insoweit, als dem Landesrecht keine besonderen Vorbehalte eingeräumt sind. Enthält das E. G. zum B. G. B. besondere Vor-

[1]) § 200 R. G. fr. G.

behalte für die Landesgesetzgebung, so kann diese soweit auch abweichende Vorschriften von dem R. G. fr. G. erlassen.[1])

1. Nach dem R. G. fr. G. § 167 sind für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, welche nach den Vorschriften des B. G. B. zu beurkunden sind, die Amtsgerichte und Notare zuständig.[2]) Im Auslande sind die deutschen Konsuln zu Beurkundungen solcher zwischen deutschen Reichsangehörigen geschlossener Verträge befugt.[3]) Da der § 313 nur bestimmt, daß die Beurkundung durch Gericht oder Notar geschehen muß, und nicht ausdrücklich ausspricht, daß dieselbe von einer deutschen Urkundsperson vorgenommen werden muß, so ist der Schluß gerechtfertigt, daß die der Formvorschrift unterworfenen obligatorischen Verträge auch von einem ausländischen Gericht oder Notar rechtsgültig beurkundet werden können.[4])

Der § 167 R. G. fr. G. bezieht sich nur auf die Beurkundung außerhalb eines Prozesses. Werden rechtsgeschäftliche Erklärungen, die auf Grund des § 313 beurkundet werden müssen, innerhalb eines Prozesses abgegeben, so z. B. im Falle eines Vergleiches, so sind sie als Prozeßakte anzusehen, auch dann, wenn sie mit dem Gegenstand des Rechtsstreites nur in mittelbarem Zusammenhange stehen, und unterliegen daher den Vorschriften der Civil-Prozeß-Ordnung.[5]) Eine besondere Beurkundung braucht nicht mehr zu erfolgen. Dasselbe gilt von einem Urteil, welches einen nach § 313 zu verbriefenden Vertrag rechtskräftig festgestellt.[6]) Ergeht das Urteil

---

[1]) § 189 eod.

[2]) bezw. nach § 184 des Gesetzes die Geschwaderauditeure.

[3]) Konsulatsges. v. 8. Nov. 1867; vgl. Stobbe III, § 217, A. 8; E. G., B. G. B., Art. 32.

[4]) Scherer, A. 14.

[5]) C. P. O., §§ 159, 160, Z. 1; 162, 163, Abs. 1; 165; Schultze Görlitz, S. 327; vgl. ob. S. 21.

[6]) Im Gebiete des C. c., also im Rheinland und in Elsaß-Lothringen, war dies vor der Herrschaft des B. G. B. anders, indem die siegende Partei vor der Urkundsperson erscheinen und unter Erklärung des Vertragsabschlusses und Vorlegung des gegen die unterliegende Partei errungenen rechtskräftigen Urteils die Beurkundung vornehmen lassen mußte; vgl. R. G. 31, S. 359.

von einem ausländischen Gericht, so ist die Beurkundung nur dann nicht mehr erforderlich, wenn das inländische Gericht das Urteil des ausländischen Gerichtes anerkennt und seine Vollstreckbarkeit durch Urteil ausspricht.[1])

Betreffs der Folgen, welche bei einer Beurkundung durch eine sachlich nicht zuständige Urkundsperson eintreten sollen, hat die Reichsgesetzgebung keine Bestimmungen getroffen und die Regelung dem Landesrecht vorbehalten.[2]) Aus dem allgemeinen Grundsatze, daß jede Behörde nur innerhalb ihrer Amtsbefugnis rechtliche Handlungen vornehmen darf, folgt aber für das Reichsrecht, daß die mangelnde sachliche Kompetenz Nichtigkeit der Beurkundung bewirkt.[3])

II. Über die örtliche Zuständigkeit für Beurkundungen hat das R. G. fr. G. keine Vorschriften erlassen. Es ist in Deutschland daher jedes Amtsgericht an und für sich zuständig, wenn nicht das Landesrecht von § 200 des Gesetzes Gebrauch macht; aber auch in diesem Falle ist die etwa von einem örtlich nicht zuständigen Gerichte vorgenommene Beurkundung nicht ungültig.[4]) Andererseits ist zu beachten, daß nicht jeder Amtsrichter zuständig ist, sondern daß die örtliche Kompetenz für den einzelnen nur soweit vorhanden ist, als er die Beurkundung innerhalb des ihm zugewiesenen Amtskreises vornimmt. Hierüber sowie über die örtliche Zuständigkeit der Notare hat die Landesgesetzgebung Bestimmungen getroffen.[5])

2. Die Beurkundung selbst.

a) Das Verfahren.

§ 16.

Das R. G. fr. G. hat in den §§ 168—182 die Form des Verfahrens bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Rechtsgeschäften geregelt. Im Interesse der Gleichmäßigkeit des Rechtsverkehrs sind diese Bestimmungen in Anlehnung an die Vorschriften

---

[1]) C. P. O., §§ 722, 723 und 328.
[2]) Prot. VI, 458.
[3]) Schultze-Görlitz, S. 26, 85.
[4]) Vgl. § 7 u. 200, R. G. fr. G.
[5]) Schultze-Görlitz, S. 26, 330, 331.

ausgestaltet, welche das B. G. B. bereits für die Errichtung von Testamenten und den Abschluß von Erbverträgen festgelegt hatte.[1]) Die Vertragserklärungen (Antrag und Annahme) können gleichzeitig vor der Urkundsperson abgegeben werden, sie können aber auch nach B. G. B. § 128 zu verschiedenen Zeiten, also ohne besondere Formulierung des Ergebnisses aus beiden, beurkundet werden, was besonders bei Vertragsschlüssen unter Abwesenden praktisch der Fall sein wird; der Vertrag kommt hier nicht erst durch Austausch der beurkundeten Erklärungen, sondern kraft positiver Anordnung des Gesetzes (§ 152) bereits mit der Beurkundung der Annahme zustande.[2]) Erscheinen die Beteiligten, d. s. nach dem Sprachgebrauch des R. G. fr. G. diejenigen, welche die zu beurkundenden Erklärungen abgeben, persönlich, so kann die Frage, ob Hülfspersonen, wie Urkundszeugen, Schreibzeugen, Dolmetscher und Vertrauenspersonen, hinzugezogen werden müssen, von Bedeutung werden. Das Gesetz enthält hierüber genaue Bestimmungen in den oben angezogenen Paragraphen; von einer erschöpfenden Aufzählung der einzelnen Regeln muß hier abgesehen werden. Bei dem Beurkundungsakt ist ein Protokoll aufzunehmen, für dessen Inhalt das Gesetz eine Reihe von „Muß-" und „Soll"-Vorschriften aufstellt.[3])

b) Inhalt der Urkunde.

α. Vollständigkeit.

§ 17.

I. Die Beurkundung des obligatorischen Immobiliarvertrages ist eine gesetzlich erforderte wesentliche Voraussetzung für seine Gültigkeit, denn der nicht beurkundete Vertrag ist gemäß § 125 nichtig. Wenn also nur der beurkundete Vertrag rechtswirksam sein soll, so folgt daraus, daß das Gesetz lediglich das in der Urkunde Niedergeschriebene gelten lassen will. Für die Parteien ergiebt sich hieraus, daß sie

---

[1]) Schultze-Görlitz, S. 331.

[2]) Vgl. Crome I, S. 389; Matthiaß I, S. 202; Frese im Sächs. Arch., Ergänz.-Bd. zu Bd. 8—10, S. 376.

[3]) Vgl. über das Verfahren bei der Beurkundung spez. f. Preußen Oberneck, S. 143 ff.; f. Sachsen Frese a. a. O., S. 395 ff.

den gesamten Vertragsinhalt beurkunden lassen müssen. Dies ist indes so zu verstehen, daß der Formzwang nur die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks und alle Punkte, welche mit dieser Verpflichtung zusammenhängen, erfaßt. Bildet die Verpflichtung also nicht den einzigen Inhalt, sondern nur den Bestandteil eines Vertrages, welcher im übrigen und zwar ev. seinem Hauptinhalte nach auf anderes abzielt, wie z. B. bei einem Gesellschaftsvertrage, so braucht nicht der ganze Vertrag beurkundet zu werden.[1]) Die Kosten der Beurkundung stellen sich für die Parteien infolgedessen erheblich niedriger, wenn sie nur ein gerichtliches oder notarielles Zweiginstrument anfertigen zu lassen brauchen und die übrigen Vertragsberedungen formlos festsetzen können.

1. Die Urkunde muß zunächst alle wesentlichen Bestimmungen enthalten; fehlt eine solche, so ist der Vertrag insoweit formlos und darum nach § 125 nichtig.[2])

2. Wesentliche Bestimmungen sind aber nicht nur diejenigen, welche das Gesetz als solche ansieht, sondern auch die, ohne welche die Parteien oder auch nur eine Partei den ganzen Vertrag nicht schließen würden, z. B. Pränumerandozahlung, Zusicherung einer bestimmten Größe oder bestimmter Eigenschaften des Grundstückes, Ablehnung der Haftung für die zugesicherte Größe oder Eigenschaften,[3]) Stipulierung einer Konventionalstrafe, Festlegung eines Rücktrittsrechtes. Auch diese subjektiv wesentlichen Bestimmungen müssen beurkundet werden, und der Vertrag fällt in gleicher Weise wie beim Fehlen eines gesetzlichen essentiale in sich zusammen, wenn dem Formerfordernis bezüglich eines solchen subjektiv wesentlichen Punktes nicht genügt ist. Dernburg[4]) will den formlosen „Zusicherungen"

---

[1]) Matthiaß I, S. 622; Scherer, A. 3. A. M. Engelmann, S. 384. Schon das Bayr. Not.-Ges. v. 10. Nov. 1861 hatte diesen Grundsatz, wenn es bestimmte, daß bei zusammengesetzten Verträgen der Verbriefungszwang sich nur auf denjenigen Teil erstrecke, welcher die Eigentums-Übertragung regele. Vgl. Roth III, § 256, S. 317.

[2]) Schollmeyer, A. 1 c.; Meisner, A. 3 b. c.

[3]) Vgl. Gänßle, S. 113 ff.; B. G. B. § 459, Abs. 2, 468; s. auch Eccius bei Gruchot 43, S. 309.

[4]) Dernburg II 2, S. 51. Vgl. u. S. 72.

neben dem sonst beurkundeten Vertrage Rechtsverbindlichkeit zugestehen, die Rücksicht auf Treu und Glauben spreche hierfür, und außerdem rede das Gesetz ohne Unterscheidung von Zusicherungen (§§ 459, 493). Die Konsequenz fordert bei diesem Standpunkte, daß dann ebensowenig wie die Zusicherungen auch andere nach dem Parteiwillen wesentlichen Beredungen dem Beurkundungszwange unterliegen. Damit würde aber der ganze Zweck, welchen das Gesetz durch die Beurkundung erreichen will,[1]) vereitelt werden. Daher ist Dernburgs Annahme unhaltbar.

Die Unwirksamkeit des beurkundeten Vertrages infolge der unterbliebenen Aufnahme einer subjektiv wesentlichen Vereinbarung in die Urkunde tritt ein, wenn die Partei, welche sich auf die Wesentlichkeit beruft, den Beweis hierfür erbringt.[2]) Sie muß aber gleichzeitig auch beweisen, daß die Erheblichkeit dieses Punktes der Gegenpartei bekannt gewesen ist, da andernfalls der — allerdings meist schwierige — Gegenbeweis aus § 139 möglich bleibt, wonach nämlich angenommen werden könne, daß der Vertrag „auch ohne den nichtigen Teil", d. h. ohne Vereinbarung über die subjektiv wesentliche Bestimmung geschlossen sein würde. Diesen Beweis kann die Gegenpartei, welche den Vertrag als gültig aufrecht erhalten will, nicht führen, wenn sie die Wesentlichkeit des nicht beurkundeten Punktes gekannt hat, denn es liegt gerade im Begriff des subjektiven essentiale negotii, daß von seiner Festsetzung die Parteien die Gültigkeit ihrer Willenserklärungen abhängig machen.

3. Da der gesamte Vertragsinhalt zu beurkunden ist, so erstreckt sich das Formerfordernis auch auf die unwesentlichen Punkte. Denn der Vertragswille ist ein einheitlicher und in den Nebenberedungen ebenso wirksam als in den Essentialien des Rechtsgeschäfts. Unterbleibt daher die Beurkundung solcher unwesentlichen Bestimmungen, so ist die Formvorschrift des § 313 nicht vollständig erfüllt, und der Vertrag auch in diesem Falle wiederum nichtig.[3]) Die Vorschrift

---

[1]) s. ob. S. 3 f.

[2]) Schollmeyer, A. 1 c. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat l. 2, D. de prob. 22, 3.

[3]) Oertmann, A. 4; Brückner im Recht 1900, S. 342.

des § 139 wird hier aber praktisch besonders bedeutsam, da der Beweis, daß der Vertrag auch ohne diese unwesentlichen Punkte geschlossen sein würde, regelmäßig zu erbringen sein wird; der Vertrag bleibt dann gültig, und die Nebenabreden werden nicht beachtet. Das A. L. R. I, 5, §§ 127—129, bestimmte, daß auf mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen werden sollte, und daß der Richter solche Nebenbestimmungen, welche Art, Ort, Zeit der Erfüllung oder andere beim Vertrage vorkommenden Maßgaben beträfen, lediglich nach den Vorschriften der Gesetze beurteilen sollte. Das B. G. B. enthält keine diesen Paragraphen des A. L. R. analogen Bestimmungen,[1]) und daher sind die allgemeinen gesetzlichen Grundsätze in Anwendung zu bringen. Schollmeyer vertritt den Standpunkt, daß mündliche Nebenbestimmungen über naturalia negotii, also über an und für sich unwesentliche Punkte nicht beachtet werden sollen und die Gültigkeit des sonst formgemäß geschlossenen Vertrages nicht beeinflussen.[2]) Damit stellt er sich auf den Boden des A. L. R., eine gesetzliche Begründung aus dem B. G. B., das doch allein für die Entscheidung der Frage maßgebend sein kann, läßt sich nicht anführen.

Wenn Schultze-Görlitz[3]) ausspricht, daß die Urkundsperson die Aufnahme unerheblicher Erklärungen in die Urkunde ablehnen kann, so sind darunter nur die selbstverständlichen unerheblichen Erklärungen zu verstehen, andere unwesentliche Punkte, z. B. betreffs Erfüllungsort und Zeit, müssen beurkundet werden.[4])

4. Zur Vollständigkeit des Vertragswillens kann gegebenen Falls die Zustimmung eines Dritten oder einer Aufsichtsbehörde gehören. Die Zustimmung ist entweder Einwilligung, und speziell bei der Stellvertretung eine Vollmachtserteilung, oder sie kommt in der Genehmigung zum Ausdruck. So bedarf derjenige, welcher für einen Dritten den

---

[1]) Vgl. Mot. I, 184.

[2]) Schollmeyer, A. l c., ebenso Engelmann, S. 115.

[3]) Schultze-Görlitz, S. 327.

[4]) Wenn die Auflassung zu einem späteren Zeitpunkte erfolgen soll, ist die Festsetzung des Termins im Vertrage sogar von besonderer Bedeutung für die Parteien, weil andernfalls nach § 271 B. G. B. jeder Kontrahent die Erfüllung des Vertrages sofort verlangen kann. Vgl. Gänßle, S. 115.

obligatorischen Vertrag abschließt, dessen Zustimmung. Ebenso ist dieselbe mehrfach zu eigenen Rechtsgeschäften gesetzlich erforderlich, denn der Ehemann z. B. kann einen unter § 313 fallenden Vertrag nicht ohne Zustimmung der Frau abschließen, sofern das Grundstück zum ehelichen Gesamtgute gehört.[1]) Endlich sind noch die Fälle zu erwähnen, in denen die Zustimmung einer Aufsichtsbehörde verlangt wird; der Vater hat z. B. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen, wenn er für sein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind einen Vertrag abschließt, in welchem die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks übernommen wird.[2]) Unterliegt die Zustimmung, einerlei auf welchem Wege sie gegeben wird, der Form des § 313? In den §§ 182, Abs. 2, und 167, Abs. 2, hat das Gesetz diese Frage verneint.[3]) Daraus folgt, daß die Zustimmung nicht zur Vollständigkeit des Urkundeninhalts gehört. Gleichwohl ist die Urkunde rechtsunwirksam, wenn die Zustimmung nicht erfolgt, da dann der Vertragswille nicht perfekt geworden ist.

Dernburg[4]) bemerkt mit Recht, daß die Formlosigkeit der Zustimmung den Schutz, den § 313 gewähren wolle, leicht illusorisch machen könne. Denn die Zustimmung zu dem obligatorischen Vertrage, den ein anderer für uns schließt, ist rasch erteilt, wenn sie ohne jede Form erfolgen kann; durch einen auch für die Zustimmung geltenden Beurkundungszwang würde dagegen auf die reifliche Überlegung ein heilsamer Einfluß geübt werden. Die Vorschrift der R. G. B. O.,[5]) daß die Zustimmung zur Auflassung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden muß, in dem Fall also, wo sie beim obligatorischen Vertrage formlos erteilt wurde, gelegentlich der Auflassung zum mindesten in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden muß, hat keine Bedeutung für die Rechtsverbindlichkeit

---

[1]) § 1445 B. G. B.

[2]) § 1643, Abs. 1; 1821 Abs. 1, Nr. 3 B. G. B.

[3]) Nach A. L. R. I 5, § 153, mußte der „Beitritt" schriftlich erklärt werden, wenn für den Vertrag Schriftlichkeit wie bei obligatorischen Immobiliarverträgen erforderlich war.

[4]) Dernburg II 2, § 80.

[5]) R. G. B. O., § 29, 30.

des beurkundeten obligatorischen Vertrages; aus diesem kann vielmehr unter Zugrundelegung der formlosen Zustimmung auf Erteilung der Auflassungserklärung geklagt werden, falls der Verpflichtete die Abgabe der Erklärung verweigert.

Der Satz, daß die Zustimmung keiner Form bedarf, birgt ferner die Gefahr in sich, daß die Kontrahenten ihn als Mittel zur Verschleierung ihrer wahren Parteiabsicht auszubeuten versuchen. Wenn die Parteien z. B. einen Vollmachtsvertrag des Inhalts abschließen, daß der Bevollmächtigte das Grundstück des Vollmachtgebers zu einem bestimmten Preis veräußern solle und den Mehrerlös für sich behalten dürfe, so ist die Anwendung des § 313 an sich nicht gegeben. Denn der Vollmachtgeber verpflichtet sich nicht zur Übereignung des Grundstücks an den Bevollmächtigten. Diese Absicht wird jedoch zu unterstellen sein, wenn der Vollmachtgeber vielleicht noch besondere Verpflichtungen dem Bevollmächtigten gegenüber übernimmt, z. B. als Verwalter oder Verwahrer das Grundstück zu bewirtschaften und für die dabei vorgenommenen Verkäufe von Parzellen dem Bevollmächtigten Rechnung zu legen. In solchem Falle ist die Erteilung der Vollmacht nur die äußere Hülle, in welche die Parteien ihre eigentliche Absicht, die Grundstücksveräußerung an den Bevollmächtigten, einkleiden. Daher muß hier die Form des § 313 zweifellos beobachtet werden.[1])

β. Richtigkeit.

§ 18.

II. Durch den Beurkundungszwang soll nicht nur eine Gewähr für die Vollständigkeit des Vertragswillens geboten werden, sondern auch dafür, daß der Wille weder gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, noch auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. In allen diesen Fällen bleibt der Vertrag auch trotz der Beurkundung nichtig.[2]) Im besonderen soll die Beurkundung dazu dienen, daß der Parteiwille zum richtigen Ausdruck gelangt; dies soll im folgenden näher ausgeführt werden.

---

[1]) Vgl. Mugd. u. Falkm. 1901, S. 463.

[2]) Vgl. §§ 309, 310, 312, 138, Abs. 1, 306 f. B. G. B.

Entspricht das Niedergeschriebene nicht dem Willen der Parteien — sei es, weil dieselben absichtlich oder unabsichtlich etwas anderes erklärt haben, als sie wollten, sei es, daß sie zwar eine mit ihrem Willen übereinstimmende Erklärung abgegeben haben, die Urkundsperson aber irrtümlich oder absichtlich diese Willenserklärung falsch niedergeschrieben hat —, so entsteht, falls von dem bestreitenden Kontrahenten der Einwand der Unrichtigkeit der Urkunde erhoben und die Unrichtigkeit bewiesen wird, die Frage, ob der Vertrag dadurch seine Rechtsverbindlichkeit einbüßt.

A. 1. Die Abweichung der in dem Instrument niedergeschriebenen Willenserklärung von dem wirklichen Parteiwillen ist eine beabsichtigte:

a) Im Falle der Mentalreservation. Hier hat sich die eine Partei bei der Beurkundung ihrer Erklärung insgeheim vorbehalten, das Erklärte nicht zu wollen. Nach § 116 B. G. B. ist dieser geheime Vorbehalt ohne jeden Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages; kennt aber der andere Kontrahent den Vorbehalt, so ist die Erklärung nichtig, und folglich wird auch der ganze beurkundete Vertrag hinfällig.

b) Im Falle der Simulation, d. h. wenn beide Parteien darüber einig sind, daß die Willenserklärung nur zum Scheine abgegeben wird. Der Kaufpreis wird z. B. in der Urkunde niedriger bezeichnet, als er in Wirklichkeit vereinbart ist, um Kosten für die Beurkundung und den gesetzlichen Stempel zu ersparen. Eine solche scheinbare Willenserklärung ist gemäß § 117 B. G. B. nichtig, und bleibt es auch trotz der Beurkundung. Wird durch das Scheingeschäft ein anderes, und zwar in Wirklichkeit beabsichtigtes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verborgene Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung (§ 117 Abs. 2). Dies kann der Fall sein, wenn jemand einem anderen ein Grundstück schenkweise überlassen will und hierfür aus irgend einem Grunde die Form des Kaufvertrages wählt, den Preis aber erläßt. Dann ist der Vertrag als Kaufvertrag nichtig, als Schenkung bleibt er aber möglicherweise bei Bestand, sofern wieder deren Voraussetzungen vorhanden sind. [1])

---

[1]) Bernhöft S. 398.

2. Die Abweichung von Wille und Willenserklärung kann andererseits unbeabsichtigt sein. Dann ist die Willenserklärung die Folge eines Irrtums. Der Irrende kann sich auf diesen Irrtum nicht unter allen Umständen berufen, sondern nur dann, wenn der Irrtum einen wesentlichen Bestandteil der Willenserklärung betrifft.[1]) Welche Bestandteile des Geschäftsinhalts als unbedingt wesentlich anzusehen sind, spricht das Gesetz nicht aus, es giebt im § 119 nur einen allgemeinen Maßstab für die Wesentlichkeit des Irrtums.

Darnach findet die Berufung auf Irrtum nur dann Berücksichtigung, wenn anzunehmen ist, daß der Erklärende die Willenserklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls nicht abgegeben haben würde".

a) Der Irrtum muß sich auf den Inhalt der Willenserklärung d. h. des Geschäftes beziehen, also auf die wesentlichen oder unwesentlichen Punkte des Vertrages, nicht aber auf außerhalb des Vertrages liegende Dinge.[2]) Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung soll nach 119, Abs. 2 auch derjenige über solche Eigenschaften der Person oder Sache gelten, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. Hierher gehört z. B. der Irrtum über die Identität des Grundstücks.

b) Der andere Fall des in § 119 bezeichneten Irrtums ist die Abirrung der Erklärungshandlung, wo der Erklärende also „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte", sich beispielsweise versprach oder einen anderen Text zu unterschreiben glaubte.

Ist nach diesen Grundsätzen der Irrtum ein wesentlicher, so kann der Irrende den Vertrag als nichtig mit rückwirkender Kraft (§ 142, B. G. B.) anfechten; ohne die Anfechtung würde der Vertrag bestehen bleiben. Liegt ein Vergleich vor,[3]) so kann derselbe möglicher Weise auch ohne besondere Anfechtung eo ipso unwirksam sein, sobald nämlich die Voraussetzungen des § 779 erfüllt sind. Diese Voraussetzungen bestehen a) darin, daß die bei dem Vergleich stillschweigend oder ausdrücklich als wahr angenommenen Thatsachen der Wirklich-

[1]) Engelmann S. 104 ff.
[2]) Fischer-Henle, § 119, Anm. 4.
[3]) s. ob. S. 21.

keit nicht entsprechen, und b) darin, daß die Kenntnis der wahren Sachlage den Streit oder die Ungewißheit ausgeschlossen haben würde.[1])

3. Endlich ist noch zu erwähnen, daß auch der durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zustandegekommene obligatorische Vertrag nach § 123 angefochten werden kann, daß also auch in diesem Falle nicht Nichtigkeit, sondern bloße Anfechtbarkeit eintritt.

B. Wenn der Grund der Nichtübereinstimmung der Beurkundung mit dem Parteiwillen darin liegt, daß die Urkundsperson den wirklich erklärten Willen der Vertragschließenden irrtümlich oder absichtlich falsch niedergeschrieben hat, so steht jedem Kontrahenten die Möglichkeit offen, die Unrichtigkeit der Beurkundung darzuthun.[2]) Der Vertrag verliert dann seine Rechtswirksamkeit in gleicher Weise wie in den Fällen, in welchen die Nichtübereinstimmung der Beurkundung mit dem Vertragswillen von den Parteien verursacht wurde.

C. Die Kontrahenten können einen anfechtbaren oder nichtigen Vertrag möglicher Weise bestätigen; im ersteren Falle bedarf es keiner Form,[3]) im zweiten ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Hier ist die Bestätigung als erneuete Vornahme des — nichtig gewesenen — Rechtsgeschäftes zu beurteilen (§ 141 B. G. B.), infolgedessen müssen für die Errichtung des neuen Vertrages alle Erfordernisse desselben vorliegen, insbesondere muß auch die vorgeschriebene Form erfüllt werden. Trotz dieser zweiten Beurkundung treten die Wirkungen des obligatorischen Vertrages aber ex tunc d. h. von dem Zeitpunkte der ersten Beurkundung ab ein, die Bestätigung hat also eine schuldrechtliche Rückwirkung.[4])

---

[1]) Matthiaß I, S. 652; Cosack I, § 160; vgl. Windscheid-Kipp II, S. 783, 787.

[2]) Vgl. C. P. O., § 415.

[3]) § 144, Abs. 2 B. G. B. Anerkennung eines in der Urkunde vorhandenen Schreibfehlers bedeutet eine Bestätigung im Sinne dieses Paragraphen, daher ist eine Berufung auf eine früher ergangene höchstrichterliche Entscheidung betreffs der Formlosigkeit dieser Anerkennung, wie Scherer dies thut, nicht mehr erforderlich. Vgl. Scherer I, S. 221 zu § 125 (Bolze 15, Nr. 210).

[4]) Matthiaß I, S. 231.

II. Nach Landesrecht:

1. Sachliche Zuständigkeit.

§ 19.

I. Das Einführungsgesetz z. B. G. B. räumt im Art. 141 der Landesgesetzgebung die Befugnis ein, die Beurkundung von Rechtsgeschäften, welche nach B. G. B. gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen, entweder nur den Gerichten oder nur den Notaren zuzuweisen, und ermächtigt im Art. 142 die Landesgesetzgebung noch über den vorgehenden Artikel hinaus, für die Beurkundung der in § 313 B. G. B. bezeichneten obligatorischen Verträge außer (nicht anstatt) Gericht oder Notar noch andere Behörden oder Beamte zuzulassen.

Maßgebend für die Einräumung des Wahlrechts in Art. 141 war einerseits die Erwägung, daß in den Einzelstaaten das Notariat teilweise unbekannt sei, und die Einführung desselben eine erhebliche Änderung in der Besetzung der Gerichte bedinge, andererseits, daß in den Ländern, in welchen bisher die Notare ausschließlich zur Beurkundung befugt waren, die gleichzeitige Zuständigkeit der Gerichte die Notare ihrer Beschäftigung und ihres Unterhaltes beraube und zugleich die Gerichte mit bedeutender Mehrarbeit belaste.[1]) Bei Einräumung des Vorbehaltes im Art. 142 war vorzugsweise an die Zulassung von Gemeindebehörden gedacht; man wollte vermeiden, daß in denjenigen Teilen Deutschlands, in welchen die Zerstückelung des Grundbesitzes weit vorgeschritten sei und daher obligatorische Immobiliarverträge in sehr großer Zahl, und zwar häufig über nur geringwertige Parzellen, geschlossen würden, die Beurkundung im Hinblick auf § 313, Satz 2, von den Parteien unterlassen werde, und andererseits durch die Zulassung der Gemeindebehörde erreichen, daß die Kontrahenten ohne die erheblicheren Gerichts- oder Notarkosten und ohne die oft weiten Gänge zum Gericht oder Notar die obligatorischen Veräußerungsverträge formgerecht schließen könnten.[2])

1. Von der in den Artikeln 141 und 142 eingeräumten Befugnis haben fast sämtliche Landesgesetzgebungen Gebrauch gemacht;

[1]) Prot. V, 329.
[2]) Prot. VI, 416.

nur Braunschweig hat es bei der wahlweisen Beurkundung durch Gericht oder Notar belassen.[1])

2. Unter den übrigen Staaten sind diejenigen von einander zu scheiden, welche auf Grund des Artikels 141 nur die Gerichte oder nur die Notare für zuständig erklären, und diejenigen, welche in Gemäßheit des Artikels 142 entweder neben Gericht und Notar, oder nur neben Gericht oder nur neben Notar noch andere Behörden und Beamte zur Beurkundung zulassen.

a) Ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts ordnet das Fürstentum Lippe[2]) an.

b) In Bremen[3]) andererseits sind allein die Notare für zuständig erklärt.

c) In nachstehend aufgeführten Bundesstaaten sind außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte ermächtigt, die Beurkundung des obligatorischen Immobiliarvertrages vorzunehmen, sofern die in den einzelnen Landesgesetzen bestimmten Voraussetzungen vorliegen.

Mecklenburg-Schwerin[4]) erklärt die Behörden, denen die Verrichtungen des Vormundschafts- oder des Nachlaßgerichts obliegen, die Domanialämter, Klosterämter, Distriktsbehörden des großherzoglichen Haushalts, die Magistrate und die aus diesen verordneten Deputationen, die Grundbuchbeamten, die Ansiedelungskommission sowie die Enteignungsbehörden „in den zu ihrem Geschäftskreise gehörenden Verhandlungen für die Beurkundung des im § 313 B. G. B. bezeichneten Vertrages" für zuständig.

Mecklenburg-Strelitz[5]) giebt eine fast gleichlautende Vorschrift in dieser Beziehung, nur werden an Stelle der Distriktsbehörden des großherzoglichen Haushalts, der Klosterämter, und der Ansiedelungskommission „das Kabinetsamt" und „die Landvogtei zu Schönberg" als Urkundsbehörden bezeichnet.

---

[1]) A. G. R. G. fr. G. v. 12. Juni 1899, § 1 u. 25.
[2]) A. G. B. G. B. v. 17. Nov. 1899, § 14.
[3]) A. G. B. G. B. v. 18. Juli 1899, § 6.
[4]) A. B. B. G. B. v. 9. April 1899, § 36.
[5]) A. B. B. G. B. v. 9. April 1899, § 35.

Oldenburg. Außer Gericht und Notar sind im Herzogtum Oldenburg [1]) die Ämter (Stadtmagistrate der Städte 1. Klasse), im Fürstentum Lübeck [2]) die Regierung, im Fürstentum Birkenfeld [3]) die Regierung und die Bürgermeister in allen denjenigen Fällen zuständig, in welchen der Staat, die vom Staat verwalteten, oder der staatlichen Aufsicht unterworfenen Anstalten, Fonds, milden Stiftungen, Kommunalverbände und sonstigen öffentlichen Genossenschaften, sowie die Verwaltung des Kronguts als Vertragschließende beteiligt sind. Im Herzogtum Oldenburg sind neben den Ämtern außerdem für kompetent erklärt:

1) die Vorstände der Deichbände und Sielachten,
2) die Eisenbahndirektion und die Eisenbahnbaukommission,
3) die Verwaltung des Landeskulturfonds,
4) die Domäneninspektion,

sobald die von diesen Behörden vertretenen Verwaltungen als Kontrahenten in Betracht kommen. [4]) Endlich hat im Fürstentum Lübeck noch der Magistrat der Stadt Eutin die Urkundsbefugnis, wenn die Stadt oder die der städtischen Aufsicht unterworfenen Anstalten, Fonds und milden Stiftungen als Erwerber oder Veräußerer beteiligt sind. [5]) Neben diesen für die einzelnen Teile des Großherzogtums verschiedenartig normierten Bestimmungen über die Zuständigkeit gilt im ganzen Großherzogtum gleichmäßig die Vorschrift, daß „für die Beurkundung des in § 313 bezeichneten Vertrages bei Versteigerungen die Gerichtsschreiber bei den Amtsgerichten zuständig" sein sollen, „wenn sie von dem Amtsgericht mit der Beurkundung beauftragt sind". Dieser Auftrag kann aber nicht generell erteilt werden, sondern muß in jedem einzelnen Falle besonders erfolgen. [6])

Preußen. [7]) Wird bei einem nach § 313 zu beurkundenden Vertrage „einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde

[1]) A. G. B. G. B. v. 15. Mai 1899 f. Oldenburg § 2.
[2]) A. G. B. G. B. v. 15. Mai 1899 f. Lübeck § 2.
[3]) A. G. B. G. B. v. 15. Mai 1899 f. Birkenfeld § 4.
[4]) A. G. B. G. B. für Oldenburg a. a. O.
[5]) A. G. B. G. B. für Lübeck a. a. O.
[6]) A. G. R. G. fr. G. v. 15. Mai 1899, § 6.
[7]) Vgl. Turnau und Förster I, S. 316 ff.

vertreten", so ist „außer den Gerichten und Notaren auch der Beamte zuständig, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist". [1])

In beschränktem Maße sind ferner die Bürgermeister Nassaus an den Orten, die nicht Sitz eines Amtsgerichtes sind, für zuständig erklärt; sie dürfen aber nur Kauf- und Tauschverträge beurkunden und auch diese lediglich in den Fällen, in welchen der Kaufpreis oder der Wert des eingetauschten Grundstücks nicht mehr als 500 Mark beträgt. [2])

Im Auftrage des Gerichts, der aber nur auf Antrag der Parteien erteilt werden soll, können in den Hohenzollernschen Landen und den vormals großherzoglich hessischen Gebietsteilen die Ortsvorsteher, und in dem vormals landgräflich hessischen Amtsbezirk Homburg sowie der vormals freien Stadt Frankfurt die Bürgermeister an denjenigen Orten, die nicht Sitz eines Amtsgerichtes sind, die Beurkundung des obligatorischen Immobiliarvertrages bei freiwilligen öffentlichen Versteigerungen vornehmen. [3])

Soweit in diesen Gebietsteilen einschließlich Nassaus, des Bezirks des vormaligen Justizsenats zu Ehrenbreitstein und der vormals kurhessischen Teile des Oberlandesgerichtsbezirks Frankfurt Ortsgerichte errichtet sind, geht die Befugnis der Ortsvorsteher und Bürgermeister zu der Beurkundung auf diese über. [4])

In Ostfriesland, Harlingerland und im Regierungsbezirk Osnabrück können mit der Beurkundung im Falle freiwilliger öffentlicher Versteigerung besondere Beamte (beeidigte Auktionatoren) betraut werden. [5])

Endlich hat Preußen bezüglich der durch Vermittelung der Generalkommission begründeten und vom Staate ausgegebenen Rentengüter die Zuständigkeit des Gerichts oder Notars für den Vertrag,

---

[1]) A. G. B. G. B. v. 20. Sept. 1899, Art. 12, § 2. Vgl. die gegen diese Bestimmung erhobenen Bedenken in Ztsch. f. d. Not. Bd. 44, S. 106 ff, andererseits Turnau und Förster I, S. 318.

[2]) l. c. § 3.

[3]) Preuß. Ges. fr. G. v. 21. Sept. 1899, Art. 112, 111, 117.

[4]) Ebenda Art. 122, 119, 123; vgl. Verordnung über die Ortsgerichte ꝛc. v. 20. Dez. 1899, § 1, 2.

[5]) Preuß. Ges. fr. G. Art. 125.

durch welchen sich jemand verpflichtet, gegen Übernahme einer festen Geldrente das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen (Rentengutsvertrag), auf Grund des Vorbehaltes in Art. 62 E. G. B. G. B. überhaupt aufgehoben, und die schriftliche Form für genügend erklärt.[1]) Ebenso soll die bloße Schriftform für freiwillige Verkäufe, welche das Preußische Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, § 16, 17, bezeichnet,[2]) und für die Teilungen oder Ablösungen auf Grund des rheinischen Teilungs- und Ablösungsgesetzes vom 15. Mai 1851, § 4, genügen. In den letztgenannten drei Fällen sind die Kommissare der in Betracht kommenden Behörden die zuständigen Urkundspersonen.

Sachsen-Coburg und Gotha, Sachsen-Meiningen und Sachsen-Weimar-Eisenach gewähren neben Gericht und Notar die Zuständigkeit den Gemeindevorständen. Außerdem sollen die Ablösungs-, Zusammenlegungs-, Enteignungs-, Berg- und andere staatliche Behörden zuständig sein, sofern der Vertrag sich auf Verhandlungen bezieht, die zu ihrem Geschäftskreise gehören. In Sachsen-Meiningen und Sachsen-Weimar-Eisenach können endlich auch die Gerichtsschreiber der Amtsgerichte die obligatorischen Immobiliarverträge rechtswirksam beurkunden.[3])

Württemberg. Dort ist außer Gericht und Notar den Gemeinderatsschreibern die Kompetenz beigelegt, und an Stelle der Bezirksnotare können im Bedürfnisfalle auch andere Personen mit der Beurkundung betraut werden, „welche eine der höheren Dienstprüfungen in den Departements der Justiz oder des Innern erstanden oder die niedere Dienstprüfung in einem dieser Departements abgelegt haben". Das Justizministerium ist auch ermächtigt, ungeprüfte Personen, welche die erforderliche Befähigung nachgewiesen haben, anzustellen.[4])

---

[1]) A. G. B. G. B. v. 20. Sept. 1899, Art. 12, § 1.

[2]) Vgl. Art. 109 E. G. B. G. B.; Dernburg II 1, § 80, Anm. 11.

[3]) Sachsen-Coburg u. Gotha: Ges. fr. G. v. 23. Okt. 1899, Art. 161; A. G. B. G. B. v. 20. Nov. 1899, Art. 10; Sachsen-Meiningen: G. fr. G. v. 15. August 1899, Art. 1 u. 3; A. G. B. G. B. v. 9. August 1899, Art. 14, § 2; Sachsen-Weimar-Eisenach: A. G. B. G. B. v. 5. April 1899, § 95, 96.

[4]) A. G. B. G. B. v. 28. Juli 1899, Art. 33, 3 Abs. 3, vgl. Art. 35.

Einige von den angeführten Staaten haben neben der ausdrücklichen Kompetenzerklärung bestimmter Behörden und Beamten außer Gericht und Notar noch die allgemeine Bestimmung getroffen, daß die vor dem 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen Vorschriften über die Zuständigkeit anderer Behörden und Beamten unberührt bleiben sollen, so z. B. Preußen.[1])

Andere wieder begnügen sich mit der Berufung auf die fernere Geltung solcher Vorschriften und verzichten auf eine detaillierte Aufzählung der besonderen Kompetenzen; das ist der Fall bei den Ausführungsgesetzen von Anhalt,[2]) Hessen,[3]) Lübeck,[4]) Reuß ältere[5]) und Reuß jüngere Linie,[6]) Sachsen,[7]) Sachsen-Altenburg[8]) und Schwarzburg-Sondershausen.[9])

d) Dieselbe allgemeine Vorschrift geben Schaumburg-Lippe,[10]) Schwarzburg-Rudolstadt[11]) und Waldeck-Pyrmont.[12]) Letztgenannter Staat hat außerdem noch die speziellere Bestimmung, daß in den Fällen, in welchen eine Partei durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, auch der Beamte zuständig sein soll, „welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist".[13])

Regelmäßig sind in diesen Staaten aber nur die Gerichte für die Beurkundung der obligatorischen Immobiliarverträge zuständig, und die Notare überhaupt ausgeschlossen.[14])

---

[1]) Pr. G. fr. G., Art. 32, vgl. Dernburg a. a. O.

[2]) A. G. R. G. fr. G. v. 18. April 1899, Art. 22, 21.

[3]) Ges. das Notar. betr. v. 15. März 1899, Art. 10, A. G. R. G. fr. G. v. 18. Juli 1899, Art. 1 u. 2.

[4]) A. G. R. G. fr. G., § 20; A. G. B. G. B., § 16.

[5]) A. G. R. G. fr. G. v. 27. Mai 1899, § 4 a. E. u. 38.

[6]) A. G. R. G. fr. G. v. 10. August 1899, § 2 a. E. u. 72.

[7]) Verordn. zur Ausf. ꝛc. v. 24. Juli 1899, § 40, 37.

[8]) A. G. R. G. fr. G. v. 4. Mai 1899, § 6, Abs. 2, § 4.

[9]) A. G. R. G. fr. G. v. 29. Juli 1899, § 1, 24.

[10]) A. G. R. G. fr. G. v. 16. August 1899, § 2 a. E.

[11]) A. G. R. G. fr. G. v. 11. Juli 1899, Art. 17.

[12]) A. G. R. G. fr. G. v. 11. Dezember 1899, Art. 24.

[13]) A. G. B. G. B. G. v. 11. Dezember 1899, Art. 9, § 2.

[14]) Schaumbg.-L.: A. G. R. G. fr. G., § 27; Schwarzw.-Rud.: a. a. O.; Wald.-Pyrm.: A. G. R. G. fr. G., Art. 23.

e) In Baden,[1] Bayern,[2] Elsaß-Lothringen[3] und Hamburg[4] sind andererseits die Gerichte ausgeschlossen und nur die Notare für zuständig erklärt. Neben den Notaren haben die Befugnis zur Beurkundung: in Baden die Grundbuchbeamten in den Gemeinden, in welchen das Grundbuchamt als Gemeindeamt errichtet ist, und die Ratschreiber bei Abwesenheit des Grundbuchbeamten;[5] in Bayern „andere Beamte oder Behörden", welche nach besonderen Vorschriften zuständig sind;[6] in Elsaß-Lothringen:

1) Der örtlich zuständige Bezirkspräsident, oder dessen gesetzlicher Stellvertreter, wenn der Reichsfiskus, der Landesfiskus, oder ein elsaß-lothringischer Bezirk als Erwerber oder Veräußerer beteiligt ist.

2) Der örtlich zuständige Kreisdirektor oder dessen gesetzlicher Stellvertreter, wenn ein Flußbauverband oder eine autorisierte Genossenschaft beteiligt ist.

3) Der Bürgermeister oder dessen gesetzlicher Stellvertreter im Falle der Beteiligung seiner Gemeinde.

4) Ein für den höheren Justiz- oder Verwaltungsdienst befähigter Hülfsarbeiter der Generaldirektion der Reichseisenbahnen, wenn diese beteiligt sind.

5) Ein Mitglied der Korpsintendantur oder ein Auditeur, wenn die Reichsmilitärverwaltung als Vertragschließende in Betracht kommt;[7] endlich in Hamburg, falls einer der Kontrahenten durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, derjenige Beamte, welcher vom Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist.[8]

II. Die Regelung der Folgen des Mangels sachlicher Zuständigkeit, welche den Landesgesetzgebungen überlassen bleiben sollte,[9] ist

---

[1] Rechtspolizeigef. v. 17. Juni 1899, § 34.
[2] Notariatsgef. v. 9. Juni 1899, Art. 1.
[3] A. G. R. G. fr. G. v. 6. Novbr. 1899, § 44.
[4] A. G. R. G. fr. G. v. 29. Dezember 1899, § 9.
[5] A. G. R. G. B. O. v. 19. Juni 1899, § 6, vgl. § 3.
[6] l. c. a. a. O.
[7] l. c. § 45.
[8] l. c. § 11.
[9] s. ob., S. 30.

durchweg nicht erfolgt. Es muß daher der oben schon ausgesprochene Grundsatz, daß eine Beurkundung des Vertrages durch eine sachlich unzuständige Behörde oder Beamten rechtlich ohne Wirksamkeit ist und deshalb Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, auch für das Landesrecht gelten.

2. Örtliche Zuständigkeit.

§ 20.

I. Während die örtliche Zuständigkeit des Amtsrichters sich von selbst ergiebt,[1]) bestehen betreffs der örtlichen Zuständigkeit der Notare in den einzelnen Staaten durchaus verschiedene Vorschriften. So umfaßt der Amtsbezirk eines Notars in Baden, Bremen, Elsaß-Lothringen den Amtsgerichtsbezirk und speziell in Württemberg[2]) den Amtsgerichtsbezirk oder einen Teil desselben, sofern der Notar Bezirksnotar ist, die örtliche Zuständigkeit in Bayern und Hessen bezieht sich auf den Landgerichtsbezirk und in Preußen auf den Oberlandesgerichtsbezirk, in welchem der Notar seinen Amtssitz hat. Auf das ganze Land ist die Zuständigkeit ausgedehnt in Anhalt, Braunschweig, Hamburg, Lübeck, den beiden Mecklenburg,[3]) Oldenburg, Reuß ä. L., Reuß j. L., Sachsen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg und Gotha,[4]) Sachsen-Meiningen, Sachsen-Weimar-Eisenach, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck-Pyrmont und Württemberg.[5])

Für die auf Grund des Art. 142 E. G. B. G. B. zugelassenen anderen Behörden und Beamten ist die Zuständigkeit nur hinsichtlich derjenigen Grundstücke gegeben, welche in dem betreffenden Bundesstaate selbst belegen sind. „Das versteht sich mit Rücksicht darauf, daß die einzelnen Bundesstaaten in Ansehung des internationalen Privatrechts zu einander nicht im Verhältnis des Auslandes stehen,

---

[1]) s. ob. S. 30.

[2]) A. G. B. G. B., Art. 94.

[3]) d. h. für den Oberlandesgerichtsbezirk Rostock, der beide Mecklenburg umfaßt.

[4]) Hier nur für das Herzogtum, in welchem der Notar seinen Amtssitz hat.

[5]) Hier nur in dem Falle, wo der Notar sog. öffentlicher Notar ist. A. G. B. G. B., Art. 106.

nicht von selbst", wie Niedner in seinen Ausführungen zum Art. 142 bemerkt. [1])

II. Auch hier ist wieder die Frage aufzuwerfen, welche Folge der Mangel örtlicher Zuständigkeit für den beurkundeten Vertrag hat. Analog der Bestimmung des R. G. fr. G. § 7, daß gerichtliche Handlungen nicht aus den Gründen unwirksam seien, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen seien, ist der von einer landesrechtlich zwar zugelassenen, aber örtlich inkompetenten Urkundsperson beurkundete Vertrag nicht rechtsunwirksam. [2]) Einzelne Landesgesetze haben es für nötig befunden, diesen Grundsatz noch besonders zu fixieren, so Anhalt, Bayern, Hamburg, Hessen, Lippe, Preußen, Sachsen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg und Gotha, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck-Pyrmont. In Mecklenburg soll das örtlich unzuständige Gericht die Sache unverzüglich dem zuständigen zuweisen; die Folge für die Gültigkeit des Vertrages, wenn die Überweisung unterblieben ist, bleibt dieselbe, d. h. der Vertrag ist trotzdem gültig.

3. Die Beurkundung.

§ 21.

I. Über das Verfahren bei der Beurkundung sind in allen Bundesstaaten eingehende Ausführungsvorschriften erlassen worden, welche im einzelnen ziemlich weit auseinandergehen. Es würde den Rahmen dieser Arbeit erheblich überschreiten, wenn wir diese partikulären Bestimmungen hier aufzählen wollten. Im übrigen steht auch zu hoffen, daß die Verschiedenheiten über kurz oder lang verschwinden werden, wenn nämlich das Beurkundungswesen, wie bereits bei der Beratung der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs angeregt wurde, [3]) für das ganze Reich einheitlich geregelt werden wird.

II. Betreffs des Inhaltes der Urkunde gelten die oben [4]) erörterten allgemeinen Regeln. Es sei an dieser Stelle, wo von der

[1]) Anm. 4.
[2]) R. G. fr. G. § 200, Abs. 2.
[3]) Prot. VI, 457.
[4]) Seite 31 ff.

Landesgesetzgebung die Rede ist, noch hinzugefügt, daß die meisten Gesetze den an und für sich selbstverständlichen Grundsatz, daß von der Urkundsperson solche Erklärungen, welche gegen ein Strafgesetz oder die Sittengesetze verstoßen oder offenbar ungültig sind, zurückzuweisen sind, noch ausdrücklich ausgesprochen haben, so Anhalt, Baden, Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Lippe, Lübeck, Oldenburg, Preußen, Sachsen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg und Gotha, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Weimar-Eisenach, Schaumburg-Lippe, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck-Pyrmont, Württemberg. Wird in einem solchen Falle die Beurkundung trotzdem vorgenommen, so ist der Vertrag gleichwohl nichtig, oder zwar gültig, aber anfechtbar und bei erfolgreicher Anfechtung von Anfang an nichtig, wie a. a. O. im einzelnen ausgeführt wurde.

Kapitel IV.

Rechtliche Lage der Parteien vor der Auflassung:

1. beim formgerechten Vertrage.

§ 22.

Wenn der obligatorische Vertrag formgemäß zustande gekommen ist, so erwächst aus ihm der Anspruch auf Vornahme des dinglichen Vertrages nach Maßgabe des § 925.[1]) Zur Erhaltung dieses Anspruchs dient dem Erwerber das Sicherungsmittel der Vormerkung nach § 883 B. G. B. Verweigert der eine Teil die Vollziehung des dinglichen Vertrages, so kann seine Verurteilung zur Abgabe der Auflassungserklärung durch Klage herbeigeführt werden.[2]) Diese Klage kann auch dann erhoben werden, wenn der zur Übertragung verpflichtete Veräußerer nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist oder überhaupt nicht Eigentümer ist, denn aus dem formgerechten

[1]) Planck. A 1, Abs. 2. Im Hinblick auf die bevorstehende erzwingbare Auflassung bleibt der Erwerber Eigentümer der Zubehörstücke, welche er etwa vor der Auflassung dem Grundstück einfügt. R. G. 33, S. 273.

[2]) Gänßle, S. 9; Turnau u. Förster I, S. 326.

Vertrage ergiebt sich für ihn die Pflicht zu erfüllen d. h. dem anderen das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen. Ist die Erfüllung unmöglich, so kommen die allgemeinen Grundsätze über Unmöglichkeit der Erfüllung bei Rechtsgeschäften zur Anwendung. Die Klage auf Auflassung wird ferner nicht ausgeschlossen durch den Tod (oder den Verlust der Geschäftsfähigkeit) einer Partei, es sei denn, daß es dem Überlebenden auf die Person des Gegenkontrahenten ankam (§ 153 B. G. B.). Ist dieser Wille nicht anzunehmen, so richtet sich die Klage gegen die Erben (bezw. den gesetzlichen Vertreter).[1]) Das kondemnatorische Urteil verweist den Kläger nicht auf die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Auflassungserklärung, sondern es gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft beschritten hat.[2]) Nach erlangter Rechtskraft erhält der Erwerber aber noch nicht das Eigentum an dem Grundstück, sondern nur das Recht, nunmehr die Eintragung ins Grundbuch zu beantragen,[3]) erst mit der Eintragung wird er Eigentümer. Ist das Urteil nur für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann der Erwerber eine Vormerkung eventuell einen Widerspruch behufs Sicherung seines Rechtes auf Auflassung im Grundbuch eintragen lassen.[4])

2. beim formlosen Vertrage.

§ 23.

I. Anders ist aber die rechtliche Lage der Kontrahenten, wenn sie den obligatorischen Vertrag nur mündlich oder zwar schriftlich und möglicher Weise mit Beglaubigung der Unterschriften, aber nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung geschlossen haben. In solchem Falle ist der Vertrag gemäß § 125 Satz 1 nichtig, d. h. die Rechtsordnung spricht ihm die Fähigkeit ab, die beabsichtigte Rechtswirkung hervorzubringen, und stellt ihn dem nicht abgeschlossenen gleich.[5])

---

[1]) Turnau u. Förster I, S. 327.
[2]) Matthiaß I, S. 55, C. P. O. § 894.
[3]) Stobbe I 2, § 107. Best, S. 58.
[4]) C. P. O. § 895, Gänßle a. a. O. R. G. 11, 279.
[5]) Windscheid-Kipp I, § 82.

Wenn der mangels Form nichtige Vertrag Bestandteil eines anderen, nicht einer Form unterliegenden Hauptvertrages ist,[1]) so entsteht die Frage, ob auch dieser letztere nun nichtig ist. An sich ist die Frage zu bejahen, doch kann die Beantwortung auf Grund des § 139 auch zu dem entgegengesetzten Resultate führen.[2])

Die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages erstreckt sich auf alle seine Teile, sowohl auf die Haupt- wie Nebenstipulationen, und hat zur Folge, daß weder ein Anspruch auf Abschluß des dinglichen Vertrages[3]) erhoben werden kann noch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Veräußerer die Auflassung verweigert. Hat der Erwerber aber keinen rechtlichen Anspruch auf Auflassung und Eintragung, so kann er auch keine Vormerkung im Grundbuch eintragen lassen.[4])

Wenn die Eintragung der Vormerkung auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Veräußerers gleichwohl erfolgt, was dem das Grundbuch beherrschenden (materiellen) Konsensprinzip zufolge möglich ist, so erlangt dadurch keineswegs der obligatorische Vertrag Gültigkeit, vielmehr kann derjenige Interessent, auf dessen dingliches Recht durch die Unrichtigkeit des Grundbuches eingewirkt wird, jederzeit (§ 898 B. G. B.) die Beseitigung der eingetragenen Vormerkung durch Geltendmachung des Anspruchs auf Berichtigung herbeiführen.[5])

Äußert der formlose obligatorische Vertrag jedoch nicht insoweit eine Rechtswirkung, als auf Grund der durch ihn beurkundeten Willenseinigung der Kontrahenten die Vornahme der Beurkundung verlangt werden kann? Die Frage ist zu verneinen, denn vor Erfüllung der Form ist der Konsens thatsächlich zwar vorhanden, aber rechtlich indifferent, und kann daher nicht als Grundlage für irgend welche Ansprüche dienen.[6]) Selbst in dem Falle, in welchem eine Konventionalstrafe für denjenigen, der den obligatorischen Vertrag nicht beurkunden

[1]) s. ob. S. 32.

[2]) Schollmeyer A 1.

[3]) Stobbe a. a. O., Mot. II, 191.

[4]) Jur. Mon. 1901, S. 8; Turnau u. Förster I, S. 316.

[5]) Biermann, S. 132.

[6]) Mot. I, S. 182; Matthiaß I, S. 204; Stobbe III, § 217, S. 151; Scherer, A. 11; Staudinger, A. 4.

würde, von den Parteien festgesetzt worden ist, kann die Nachholung der Form nicht erzwungen werden. Denn das dem formell ungültigen Vertrage beigefügte Versprechen einer Konventionalstrafe ist ebensowenig rechtsverbindlich als der Vertrag selbst. Dies muß auch für den Fall gelten, in welchem die Zusicherung der Vertragsstrafe gerichtlich oder notariell beurkundet wurde.[1]) Die Ungültigkeit des Versprechens der Konventionalstrafe ergiebt sich aus § 344 B. G. B., durch welchen damit eine Frage endgültig entschieden ist, die der früheren Praxis viele Schwierigkeiten bereitete.[2]) Es würde auch mit der ratio legis nicht vereinbar erscheinen, wie Sonntag a. a. O. zutreffend ausführt, wenn man durch Erklärung der Zulässigkeit der Strafverabredung einen indirekten Zwang zur Abschließung des Vertrages in gerichtlicher oder notarieller Form ausüben wollte. Ubbelohde[3]) wirft die Frage auf, ob der an und für sich wegen Formmangels nichtige Vertrag nicht möglicher Weise als Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis aufrecht erhalten werden dürfe, sofern er der für diese Verträge vorgeschriebenen schriftlichen Form entspreche. Eine solche Konversion sei indes nicht zulässig, da ja kraft dieses Versprechens oder Anerkenntnisses nur die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung, „nicht auch die zugesagte Gegenleistung wirksam werden" würde. Aus dem oben[4]) von uns vertretenen Standpunkte, daß das Versprechen oder Anerkenntnis der Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der Formvorschrift des § 313 unter-

---

[1]) Scherer a. a. O.; Roth III, S. 318, Anm. 16; Sonntag, S. 26; Stobbe a. a. O. In der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung kann aber unter Umständen eine Bestätigung des nichtigen obligatorischen Vertrages im Sinne des § 141 B. G. B. erblickt werden; dann ist das Strafversprechen in gleicher Weise wie der Vertrag rechtswirksam. Planck, § 344, A. 1; Staudinger, § 344, A. 3.

[2]) Gegen die Gültigkeit der Konventionalstrafe vgl. die Entsch. in Senff. Archiv, Bd. 12, S. 341, Nr. 261; 25, S. 338, Nr. 228; 27, S. 200, Nr. 115. Für ihre Gültigkeit Senff. Arch., Bd. 3, S. 43, Nr. 35; 20, S. 368, Nr. 221; 22, S. 195, Nr. 127; 28, S. 355, Nr. 214.

[3]) Iher. Jahrb. 38, S. 219.

[4]) S. 21.

liegen, ergiebt sich ohne weiteres, daß bei Nichteinhaltung der Form der betreffende Vertrag in keiner Weise aufrecht erhalten werden kann, und bedarf es daher auch nicht der Begründung Ubbelohdes. Derselbe ist aber weiter der Meinung, daß das, was für das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nicht gelten dürfe, für den wegen Formmangels nichtigen Schenkungsvertrag gelten müsse, bei welchem lediglich das Schenkungsversprechen formgerecht beurkundet sei; dieser Vertrag werde rechtsgültig in der Form des Schenkungsversprechens. Dagegen ist zu bemerken, daß das Schenkungsversprechen in Ansehung eines Grundstücks nicht der Form des § 518, sondern der des § 313 unterworfen ist, und daß daher auch die Annahmeerklärung des Beschenkten beurkundet werden muß.[1]) Ist letzteres nicht geschehen, so ist dem Formerfordernis nicht vollständig genügt, und infolgedessen der Vertrag nichtig, d. h. ohne jede Rechtswirkung. Der Gedanke an eine Konversion des nichtigen obligatorischen Vertrages muß hier, wo es sich um einen Formmangel handelt, überhaupt ganz abgelehnt werden, denn allemal würde bei dem Versuche, durch die Konversion den Vertrag aufrecht zu erhalten, wieder die Formvorschrift des § 313 zu beachten sein, und mangels Beobachtung der Form der Vertrag neuerlich rechtsunverbindlich bleiben.

II. Ein nichtiger Vertrag ist regelmäßig absolut nichtig, er äußert daher keinerlei Rechtswirkungen und kann auch nicht durch Erfüllung gültig werden. Haben beide oder einer der Kontrahenten gleichwohl den Vertrag erfüllt, so kann die Leistung wie eine Nichtschuld kondizirt werden, da eine rechtlich nicht anerkannte Verbindlichkeit erfüllt wurde[2]) und der Empfänger diese Leistung sine causa besitzt. Wendet man diese allgemeinen Regeln auf den wegen Formmangels nichtigen obligatorischen Immobiliarvertrag an, so ergiebt sich, daß der Erwerber, welcher seinerseits erfüllt, z. B. den Kaufpreis zahlt, nach § 812 die Rückleistung fordern kann.[3]) Ebenso müßte zu gunsten des Veräußerers angenommen werden, daß die von ihm in Erfüllung des obligatorischen Vertrages erteilte Auf-

[1]) S. 18 f.
[2]) Stobbe a. a. O., § 812 B. G. B.
[3]) Recht 1901, S. 143.

lassung materiell unwirksam ist, und die auf Grund der Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsübergangs für den Auflassenden oder dessen Erben einen persönlichen Anspruch auf Rückauflassung gegen den Erwerber oder dessen Erben begründet.[1]) Andererseits ist aber die Auflassung formell gültig, da sie vermöge ihrer abstrakten Natur nicht durch die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages bedingt ist.[2]) Obwohl der Erwerber also das Grundstück sine causa besitzt, so ist er dennoch formell Eigentümer desselben, und ein Dritter, welcher von ihm im guten Glauben das Grundstück rite erwirbt, würde materiell und formell rechtmäßiger Eigentümer werden. Die eigentümlichen Rechtssätze der Grundbucheinrichtung durchkreuzen danach die allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, insofern als trotz der zufolge Formmangels vorhandenen Ungültigkeit nicht nur formell, sondern auch sogar materiell durch die Auflassung und Eintragung ein Recht, nämlich das Eigentum erworben werden kann. Diesen Widerspruch mit Treu und Glauben beseitigt nun § 313, Satz 2, indem er bestimmt, daß die mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung nichtigen obligatorischen Verträge durch die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch gültig werden sollen, und dadurch jede Schwierigkeit einer späteren Rückforderung ausschließt.[3]) Das B. G. B. weicht also in Ansehung des obligatorischen Immobiliarvertrages von dem absoluten Nichtigkeitsprinzip ab, wie es im § 125 zum Ausdruck gelangt ist, und läßt bei einem nichtigen, weil formlosen obligatorischen Vertrage die Heilung zu. Der nicht beurkundete obligatorische Vertrag gehört demnach zu den sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten, d. h. zu denjenigen Schuldverhältnissen, welche zwar nicht klagbar sind, denen aber vom Gesetz ein anderes Mittel ihrer Geltendmachung gewährt ist.[4])

---

[1]) Schollmeyer, A. 2.

[2]) § 873, 925 B. G. B.

[3]) Mot. II, 189.

[4]) Matthiaß I, S. 321; Ubbelohde a. a. O., S. 216; Bernhöft, § 90; Stobbe III, § 217, S. 152; Windscheid-Kipp II, S. 176.

Kapitel V.

Heilung des formlosen Vertrages durch Auflassung und Eintragung.

I. Im allgemeinen.

1. Eintritt der Heilung.

§ 24.

Weder die Übergabe des mündlich oder nur privatschriftlich veräußerten Grundstücks noch die Einreichung des nicht formgemäßen Veräußerungsvertrages beim Grundbuchamt, auch nicht die Auflassung allein, sondern diese nur in Verbindung mit der nachfolgenden Eintragung ins Grundbuch führen die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages herbei. Von Auflassung und Eintragung kann aber nur da gesprochen werden, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, andernfalls vollzieht sich der Eigentumserwerb an dem Grundstück nach den bisherigen Gesetzen (Art. 189 E. G. B. G. B.). Da der obligatorische Vertrag, der nach dem 1. Januar 1900 geschlossen ist, unter allen Umständen der Formvorschrift des § 313 unterliegt und daher bei Nichtbeachtung der Form nichtig ist, so folgt daraus, daß der nicht formgerechte Vertrag in den Gebieten, in welchen das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, nicht geheilt werden kann.[1]) Diese Folgerung ist aber nur eine scheinbare und nicht aufrecht zu halten, sobald man auf den Grundgedanken des § 313, Satz 2, zurückgeht, wie es oben im § 2 dargelegt wurde.

Man wird daher Habicht[2]) unbedenklich beistimmen dürfen, daß da, „wo nach den bisherigen Gesetzen der Eigentumsübergang an eine Verlautbarung des Veräußerungsgeschäftes vor einer Behörde und an eine Ab- und Zuschreibung in einem öffentlichen Buche geknüpft war," der „Grundsatz des § 313, Satz 2, ebenfalls sinngemäß" angewendet werden kann, d. h. also, daß in solchen Fällen der formlose obligatorische Vertrag geheilt wird. Man wird ferner die Anwendung des § 313, Satz 2, sogar in denjenigen Rechtsgebieten annehmen müssen,

---

[1]) So Sonntag, S. 36.

[2]) Habicht, S. 455.

in welchen auch die erwähnte Verlautbarung nicht bekannt ist, sondern bloße Tradition genügt. Denn die thatsächliche Übertragung hat hier dieselbe Bedeutung wie die im § 313, Satz 2, angeordnete Auflassung und Eintragung: in jedem Falle handelt es sich um die Erfüllung des obligatorischen Vertrages.[1])

1. Durch die Tradition des Grundstücks ohne Auflassung und Eintragung wird der Empfänger nicht berechtigt, die Erfüllung des obligatorischen Vertrages zu verlangen, sondern erhält nur den Besitz, die Besitzschutzmittel[2]) und weiter die Rechte eines redlichen Besitzers.[3]) Der Tredent kann sein Eigentum jederzeit noch mit Erfolg geltend machen und die Herausgabe des Grundstücks verlangen. Hat er das Grundstück nach der Übergabe noch an einen anderen veräußert und auch aufgelassen, so steht der Empfänger dem neuen, der eingetragener Eigentümer ist, nach und muß ihm sogar die seit dem Eigentumsübergange gezogenen Früchte herausgeben.[4]) Damit ist indirekt ausgesprochen, daß die bloße Übergabe noch keinerlei Bindung zwischen den Kontrahenten erzeugt.

Es könnte Zweifeln begegnen, ob der auf Grund eines formlosen obligatorischen Vertrages Empfangende nicht etwa in dem Falle das Eigentum erwirbt, wenn die Tradition des Grundstücks in Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgte. Denn wenn hinsichtlich der Schenkung auch die weitergehende Formvorschrift des § 313 zu beobachten ist, so bleibt der Vertrag dennoch ein Schenkungsvertrag, und die für diesen geltenden Regeln verlieren nicht ihre Bedeutung. Bewirkt daher die Übergabe des Grundstücks in Gemäßheit des § 518, Abs. 2, die Heilung des Formmangels? Die Frage muß verneint werden, denn das Eigentum an einem Grundstück kann nur durch Auflassung und Eintragung erworben werden, ohne Rücksicht auf die

---

[1]) Hachenburg, S. 94.

[2]) Josef im Arch. f. b. R. 15, S. 266.

[3]) Dernburg Pr. Pr. I, § 243, § 149, Z. 2; Stobbe I, 2, § 107. Das R. G. 2, 308 hat die Redlichkeit verneint; mit Recht bemerkt Dernburg dagegen: Sollte der Käufer, welchem das Grundstück zuerst übergeben, später aufgelassen ward, vor der Auflassung unrechtfertiger und erst nachher redlicher Besitzer werden?

[4]) R. G. 21, 313.

Übergabe. Der Vertrag wird daher nicht durch die reale Erfüllung d. h. die Tradition gültig, sondern lediglich durch die Auflassung und Eintragung, sodaß also einzig und allein der § 313, Satz 2, hier Anwendung findet. [1])

2. Auch die Einreichung des nicht beurkundeten Vertrages beim Grundbuchamt giebt den Parteien noch kein Recht auf Auflassung und Eintragung. Man hat dies auf Grund des § 873, Abs. 2, angenommen, [2]) dabei aber verkannt, daß die dort erwähnte Einreichung nicht den obligatorischen Vertrag, sondern nur den abstrakten dinglichen Vertrag, die „Einigung" betrifft, und in Abänderung des § 925 die Fälle bezeichnet, in welchen die Beteiligten vor der Eintragung an die Einigung gebunden sein sollen. [3])

3. Die Kontrahenten sind erst durch Auflassung rechtlich gebunden. Der eingetragene Eigentümer kann infolgedessen über das Grundstück nicht mehr verfügen, es auch nicht an einen anderen wirksam auflassen. Die Eintragung kann daher auch nicht gehindert werden, wenn dem Veräußerer nach der Auflassung die Verfügungsbefugnis über das Grundstück entzogen und das Konkursverfahren über sein Vermögen eröffnet wird. [4]) Die Bindung erstreckt sich aber nur auf den „Willen der Parteien zur Übertragung bezw. zur Annahme des dinglichen Rechts," [5]) d. i. des Eigentums an dem veräußerten Grundstück, eine Verpflichtung aus dem obligatorischen Vertrage wird dadurch noch nicht erzeugt, vielmehr bleibt dieser zunächst noch ungültig.

4. Erst in dem Augenblick, in welchem die Eintragung auf Grund der Auflassung ins Grundbuch vorgenommen ist, wird der mangels Form nichtige Vertrag gemäß § 313, Satz 2, rechtsverbindlich und klagbar.

---

[1]) Vgl. Meisner zu § 518.

[2]) Jur. Mon. 1900, S. 163; ebenso Brettner im Recht. 1900, S. 393.

[3]) So auch Jur. Mon. 1900, S. 192, 1901, S. 5; Mugd. u. Falkm. 1901, S. 50, 315; vgl. Scherer das 1. Jahr, S. 80 Nr. 229, Deutsche Jur.-Ztg. 1901, S. 43.

[4]) B. G. B. § 878; vgl. Oberneck S. 270; A. M. Roth III, § 260, S. 334; vgl. auch Gruchot, 23, S. 114.

[5]) Oberneck, S. 185.

Das Gesetz gewährt also die Möglichkeit, auch ohne Errichtung einer formgültigen Urkunde über den obligatorischen Vertrag das Eigentum an einem Grundstück zu erwerben. Die praktische Bedeutung des Satzes 2 wird aber erheblich abgeschwächt durch die Bestimmung des R. G. B. O. v. 24. März 1897, § 98, wonach die Landesgesetzgebung anordnen kann, daß die Grundbuchbehörden die Auflassungserklärung nur entgegennehmen soll, wenn der formgerechte obligatorische Vertrag vorgelegt wird. Formgerecht ist selbstverständlich auch diejenige Urkunde, welche von den auf Grund des Art. 142 E. G. B. G. B. von den Landesgesetzen für zuständig erklärten anderen Behörden oder Beamten innerhalb ihrer Urkundsbefugnis aufgenommen ist.

Von dem Vorbehalt des § 98 R. G. B. O. haben Baden,[1]) Bayern,[2]) Bremen,[3]) Elsaß-Lothringen,[4]) Sachsen,[5]) Schaumburg-Lippe,[6]) Würtemberg,[7]) Gebrauch gemacht. Die praktische Bedeutung des Satzes 2, § 313, wird indes nur eingeschränkt, nicht aufgehoben, denn da die Vorlegung der Urkunde nur eine Ordnungsvorschrift ist, so hat ihre Nichtbeachtung durch den Grundbuchbeamten lediglich für diesen gesetzliche Folgen; die Eintragung ist materiellrechtlich wirksam und daher der formlose obligatorische Vertrag gültig.[8]) Der Vorbehalt spielt natürlich nur da eine Rolle, wo die Auflassung in Erfüllung eines beurkundeten Vertrages erfolgen soll.

Er gilt also nicht, wenn die Auflassung z. B. zufolge einer Auslobung oder eines Vermächtnisses erfolgt, ferner im Falle des Rücktritts, der Wandelung, eines rechtskräftigen Urteils, ebenso wenn die Rückauflassung erfolgen soll, nachdem die Auflassung durch einen zwar beurkundeten, aber nichtigen obligatorischen Vertrag veranlaßt wurde.[9]) Denn das Grundbuchamt hat hinsichtlich der causa des

[1]) A. G. R. G. B. O. v. 19. Juni 1899, § 23.
[2]) A. G. R. G. B. O. v. 19. Juni 1899, Art. 12.
[3]) A. G. R. G. B. O. v. 18. Juli 1899, § 9.
[4]) A. G. R. G. B. O. v. 6. Nov. 1899, § 14.
[5]) A. G. R. G. B. O. v. 26. Juli 1899, § 18.
[6]) A. G. R. G. B. O. v. 19 August 1899, § 12.
[7]) A. G. B. G. B. v. 28. Juli 1899, Art. 22.
[8]) Strecker, S. 26; Turnau u. Förster I, S. 319.
[9]) Vgl. Scherer, das 1. Jahr, S. 80, Nr. 229.

zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts kein Prüfungsrecht, es hat vielmehr nur zuzusehen,

1) ob ein obligatorischer Vertrag vorliegt,
2) ob derselbe beurkundet werden mußte. [1])

2. Rückwirkung.

§ 25.

Da die Kontrahenten durch die Auflassung rechtlich gebunden werden, so kann folgerecht nicht der Rechtszustand zur Zeit der Eintragung, sondern nur der zur Zeit der Auflassung für den Inhalt des obligatorischen Vertrages maßgebend sein. [2]) Der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kann in keinem Falle zugrunde gelegt werden, denn es bleibt den Parteien ja unbenommen, noch nachher Modifikationen des Vertrages zu vereinbaren; diese würden anderenfalls unberücksichtigt bleiben müssen, womit aber die Auflassung nicht dem Übereinkommen der Kontrahenten entsprechen würde.

Aus dem Satze, daß der Rechtszustand zur Zeit der Auflassung maßgebend ist, hat eine Anzahl von Schriftstellern den Schluß gezogen, daß die Heilung des obligatorischen Vertrages durch Auflassung und Eintragung ex nunc, also von diesem Zeitpunkte der Auflassung ab, eintrete, sobald die Eintragung erfolgt sei. [3])

Andere nehmen dagegen Heilung ex tunc an. [4]) Sie erachten zwar auch den Rechtszustand z. Zt. der Auflassung für maßgebend, indem sie die Heilkraft der Auflassung und Eintragung für alle Vertragsberedungen anerkennen, welche die Parteien bis zur Auflassung getroffen haben, aber sie verlegen den Beginn der Rechtswirksamkeit des obligatorischen Vertrages auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, schreiben der Handlung also rückwirkende Kraft zu.

---

[1]) Turnau u. Förster I, S. 89.

[2]) Mot. II, 191; Goldmann u. Lilienthal I, § 94, A. 21; Schollmeyer A. 2 b.; Turnau u. Förster I, S. 319.

[3]) So Förster-Ecc. I., § 79, A. 67; Goldmann u. Lilienthal I, § 94, A. 22; Szkolny und Caro A. 2; Oberneck S. 293, R. G. bei Gruchot 29, S. 388; Turnau u. Förster I, S. 320.

[4]) So Behrend bei Gruchot 31, S. 457; Dernburg Pr. Pr. I. § 98, A. 6; Schollmeyer A. 3; Planck A. 2; v. d. Pfordten, S. 60; Staudinger, A. 5.

Planck sucht seine Ansicht dadurch zu bekräftigen, daß er behauptet, das Gesetz behandle die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung (§ 141). Dagegen führt Schollmeyer aber aus, daß das Gesetz die Frage, ob Heilung ex nunc oder ex tunc eintrete, völlig unentschieden lasse, und auch die Gesetzmaterialien keinen Aufschluß geben; daher sei die Ansicht Plancks unbeweisbar, und außerdem müßte danach auch die Heilung bereits mit der Auflassung eintreten, was aber dem Wortlaut des Gesetzes direkt widerspräche. Mit dieser Fiktion, wie sie Planck aufstellt, ist also keine die Heilung ex tunc rechtfertigende Begründung gegeben. Schollmeyer seinerseits folgert seine Ansicht in Anlehnung an Behrends Ausführungen aus allgemeineren Gesichtspunkten. Er sagt, daß die Rückwirkung der Heilung im Sinne der Parteien liege, welche durch Auflassung und Eintragung den obligatorischen Vertrag erfüllt hätten und daher alles verlangen könnten, was ihnen nach dem Vertrage zustehe. Der Grundsatz von Treu und Glauben erheische die Rückziehung der Heilung.

Aus diesem Standpunkte, den wir uns zu eigen machen, folgt z. B. für den Fall eines Kaufs, daß der Käufer, der die Nutzungen vertragsgemäß schon vor der Auflassung beziehen soll, nach eingetretener Heilung die bis zur Auflassung bezogenen Nutzungen nicht zu restituiren braucht und andrerseits die trotz Vertragsabmachung vorenthaltenen Nutzungen vom Verkäufer nachträglich fordern darf. Der Verkäufer wiederum kann die Zinsen des Kaufpreises von dem Zeitpunkt an verlangen, von welchem ab die Nutzungen dem Käufer gebühren sollen, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist (§ 452).[1])

Nimmt man die rückwirkende Kraft der Heilung an, so werden ferner die dem Grundstückskauf eigentümlichen Regelungen des Gefahrüberganges nicht durchbrochen. Nach § 446 geht die Gefahr auf den Käufer mit der Übergabe des Grundstücks, spätestens aber mit der Umschreibung im Grundbuche über. Wird auf Grund eines formlosen Kaufvertrages das Grundstück schon vor der Auflassung tradiert, so würde bei Heilung ex nunc im Widerspruch mit dieser gesetzlichen Bestimmung die Gefahr erst mit der Auflassung übergehen, und die

[1]) Planck a. a. O.; Schollmeyer a. a. O.

Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel des Grundstücks von der Auflassung ab wirken.

Bei Annahme der Heilung ex tunc erfolgt dagegen der Übergang der Gefahr entsprechend dem § 446 mit der Tradition, die Frist zur Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche beginnt daher von diesem Zeitpunkt an zu laufen. Da dieselben aber nach Ablauf eines Jahres verjährt sind (§ 477), so kann sie der Käufer möglicher Weise, wenn nämlich die Auflassung und Eintragung erst nach Jahresfrist erfolgen, nicht mehr geltend machen. „Das hat sich der Käufer dann selbst zuzuschreiben; er braucht ja die Auflassung nicht entgegenzunehmen, wenn er die Gewährsmängel nach der Übergabe des Grundstückes entdeckte," wie Schollmeyer bemerkt.

Nach § 446 hat der Käufer vom Zeitpunkt des Gefahrüberganges ab die Lasten und Abgaben des Grundstückes zu tragen, so z. B. die staatlichen Grundsteuern, ferner alle nach Landesrecht auf Grundstücken ruhenden, aus der Verpflichtung zu öffentlichen Wege-, Wasser-, Deich- und Uferbauten oder aus einem Gemeinde-, Kreis-, Kirchen-, Schulverbande entspringenden Abgaben und Leistungen. Hat der Verkäufer diese Lasten nach Übergabe des Grundstückes, aber vor der Auflassung und Eintragung getragen, so kann er nach erfolgter Heilung des nichtigen Kaufalvertrages vom Erwerber Ersatz verlangen. Würde die Heilung ex nunc eintreten, so hätte der Verkäufer die Lasten bis zur Auflassung zu tragen. Die rückwirkende Kraft ist endlich auch für die Frage nach dem Vorliegen solcher materiellen Erfordernisse, deren Mangel durch die Auflassung nicht geheilt wird, von großer Bedeutung, insofern als für diese Mängel wie z. B. Geschäftsunfähigkeit, Zwang, wesentlicher Irrtum, bei Annahme der Heilung ex tunc der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht der der Auflassung zu Grunde gelegt werden muß. [1])

---

[1]) von d. Pfordten, S. 60.

II. Im besonderen.

1. Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Heilung

a. in Ansehung des dinglichen Vertrages:

α. Gültigkeit.

§ 26.

Wenn Auflassung und Eintragung die Heilung des obligatorischen Vertrages herbeiführen sollen, so ist dabei vorausgesetzt, daß diese Rechtsakte selbst gültig sind. Die Gültigkeit kann aber nur einheitlich in Frage kommen, wie das R. G. entschieden hat.[1])

I. Daher hat die Nichtigkeit der Auflassung auch Nichtigkeit der Eintragung zur Folge und umgekehrt. Das Eigentum geht trotz Eintragung nicht über, und der obligatorische Vertrag kommt infolgedessen nicht zu Kräften.[2])

a) Nichtigkeit der Auflassung liegt unter anderem vor, wenn der Auflassende geschäftsunfähig ist (§ 105), wenn er nicht eingetragener Egentümer des Grundstückes ist oder wenn er sich fälschlich vor dem Grundbuchamte als den eingetragenen Eigentümer ausgibt, ferner im Falle einer simulierten (§ 117) oder nicht ernstlich gemeinten Auflassung (§ 118).[3])

b) Die Eintragung andererseits kann z. B. nichtig sein, wenn sie ohne vorherige Auflassung erfolgt ist, oder wenn ein anderes Grundstück auf Antrag des Erwerbers eingetragen als vom Veräußerer aufgelassen wurde. Hat dagegen der Grundbuchbeamte den Eigentumsübergang irrtümlich oder absichtlich auf ein anderes Grundbuchblatt eingetragen, so muß das Bestehenbleiben des dinglichen Vertrages angenommen werden, da die erforderliche Einigung der Kontrahenten vorliegt. Der obligatorische Vertrag wird in diesem Falle ungeachtet der falschen Eintragung, welche der Berichtigung bedarf, geheilt.[4])

---

[1]) R. G. 28, 309; Gruchot 29, S. 966. In einer früheren Entscheidung hat das R. G. (2, 228) die Einheitlichkeit noch verneint.

[2]) Achilles-Strecker, S. 28.

[3]) Vgl. Förster-Exc. III, § 178, S. 262; Oberneck, S. 340.

[4]) Gruchot 28, S. 1102; Scherer, A. 15; Turnau u. Förster I, S. 324; A. M. Schollmeyer, A 2 a.

II. Der Eigentumsübergang kann zum anderen auch angefochten werden, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen nach dem B. G. B. überhaupt eine Willenserklärung der Anfechtung ausgesetzt ist, also z. B. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, widerrechtlicher Drohung.

Der formlose obligatorische Vertrag wird zwar an und für sich trotz Anfechtbarkeit der Auflassung und Eintragung gültig, fällt aber andererseits wieder in sich zusammen, wenn der Eigentumsübergang mit Erfolg angefochten wird, d. h. als von Anfang an nichtig anzusehen ist (§ 142).

Wenn der Anfechtungsberechtigte, welcher von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, den dinglichen Vertrag bestätigt, so begiebt er sich dadurch des Anfechtungsrechts. Diese Bestätigung kann formlos geschehen und braucht auch nicht ausdrücklich zu erfolgen; so liegt sie z. B. schon darin, daß der anfechtungsberechtigte Auflassende das Grundstück in Kenntnis des Anfechtungsgrundes dem Erwerber tradiert.[1])

III. Vielfach werden die für das Kausalgeschäft wirkenden Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsgründe identisch mit denjenigen sein, welche die Wirksamkeit des dinglichen Vertrages beeinflussen, zumal in dem praktisch häufig vorkommenden Falle, wo der obligatorische und dingliche Vertrag zu gleicher Zeit abgeschlossen werden.[2]) Der Veräußerer hat z. B. unter Einwirkung desselben Irrtums, der ihn zum Abschluß des obligatorischen Vertrages bewog, die Auflassungserklärung abgegeben. Dann ist der dingliche Vertrag in gleicher Weise wie der obligatorische Vertrag anfechtbar,[3]) und zwar kann die Anfechtung nur gegen beide Verträge gemeinsam durchgeführt werden, eine selbständige Anfechtung des dinglichen Vertrages ist ausgeschlossen.[4])

β. Vollständigkeit.

§ 27.

Wie der Eigentumsübergang einerseits nicht ungültig sein darf, so muß er andererseits auch vollständig sein, soll der Formmangel

[1]) Vgl. Oberneck S. 340; B. G. B. § 144.
[2]) Matthiaß II, S. 27.
[3]) Männer, S. 43; Strecker, S. 26.
[4]) R. G. 5, 285.

des obligatorischen Vertrages geheilt werden. Es ist also notwendig, daß der dingliche Vertrag sich auf das ganze Grundstück bezieht, über welches der obligatorische Vertrag geschlossen wurde, mit andern Worten das Objekt der Auflassung muß mit dem Gegenstande des Kausalgeschäfts identisch sein. Ist daher ein Grundstück als Ganzes veräußert worden, so muß es auch in seiner ganzen Ausdehnung aufgelassen und überschrieben werden.[1])

Ob das Grundstück für einen ungetrennten Preis veräußert ist oder ob für die einzelnen Parzellen der Gesamtfläche die Preise getrennt vereinbart wurden, erscheint unerheblich, denn auch im zweiten Falle wird der Mangel der Form nicht früher geheilt, als bis alle Parzellen aufgelassen und eingetragen sind.

Der Satz, daß der ganze Vertragsgegenstand aufgelassen und überschrieben werden muß, findet auch dann Geltung, wenn in dem Vertrage nicht nur die Verpflichtung, sondern ebenso eine Gegenverpflichtung zu einer Grundstücksübereignung übernommen worden ist, also im Falle des Tausches.[2]) Dernburg[3]) hält hier die Auflassung und Eintragung *eines* Grundstückes schon für genügend, um die Heilung des obligatorischen Vertrages eintreten zu lassen. Mit Recht aber bemerkt Schollmeyer a. a. O. dagegen, daß in gleicher Weise wie der Beurkundungszwang sich beim Tauschvertrage auf die mehreren Grundstücke erstrecke, auch der Ersatz der Beurkundung, die Auflassung und Eintragung alle eingetauschten Grundstücke umfassen müsse. Folgt man Dernburgs Ansicht, so bleibt immer noch leicht eine Übervorteilung des unbesonnenen oder unerfahrenen Kontrahenten möglich, indem die geschäftskundige Partei vielleicht ein ganz geringwertiges gegen ein sehr wertvolles Grundstück eintauscht und den abstrakten dinglichen Vertrag nur über das letztere abschließt, die gleichzeitige Auflassung des geringwertigen aber vermeidet, damit dem

[1]) Gruchot 23, 440; 29, 389; R. G. 16, 268; Schollmeyer, A. 2 a.; Achilles, S. 77; Turnau u. Förster I, S. 324; Szkolny u. Caro, A. 2; Bolze 6, Nr. 336; Bolze 3, Nr. 452.

[2]) Matthiaß I, S. 384; Schollmeyer, A. 2 a.; Scherer, A. 15, C. 1 a.; Gruchot 29, S. 389; Turnau u. Förster I, S. 324.

[3]) III, § 89.

unkundigen Erwerber nicht etwa noch vor dem Grundbuchamt seine Übervorteilung zum Bewußtsein kommt und er infolgedessen von der Erfüllung des obligatorischen Vertrages durch Auflassung und Eintragung Abstand nimmt. Gerade das ist aber der Zweck des Gesetzes, daß diese Übervorteilungen nach Möglichkeit verhütet werden; durch Dernburgs Annahme wird derselbe jedoch in Frage gestellt.

Werden mehrere Grundstücke von verschiedenen Parteien formlos veräußert, diese mehrfachen Veräußerungsverträge aber äußerlich in einem Instrument zusammengefaßt, so ist die Auflassung und Eintragung sämtlicher Grundstücke nicht erforderlich, um die ganzen Verträge gültig zu machen. Vielmehr bleibt jeder dieser obligatorischen Verträge trotz der gemeinsamen privatschriftlichen Urkunde selbständig für sich bestehen, und die Heilung jedes einzelnen richtet sich danach, ob die durch ihn veräußerten Grundstücke gültig und vollständig aufgelassen und überschrieben sind.[1])

b. in Ansehung des obligatorischen Vertrages:

α. das die Auflassung veranlassende Rechtsgeschäft.

§ 28.

Die Auflassung in Verbindung mit der Eintragung dient dazu, den auf die Veräußerung des Grundstücks gerichteten Vertrag zu erfüllen, letzterer ist das Kausalgeschäft zu dem Leistungsgeschäft. Es muß also eine unmittelbare Beziehung zwischen der Auflassung und dem obligatorischen Vertrage bestehen; fehlt dieser Zusammenhang, so wird der nichtige obligatorische Vertrag nicht geheilt. Wenn die Kontrahenten daher beispielsweise vor Abschluß des formlosen obligatorischen Vertrages über das Grundstück bereits einen andern formbedürftigen Vertrag, z. B. einen Pachtvertrag ohne Beobachtung der in §§ 581, 566 B. G. B. vorgeschriebenen schriftlichen Form geschlossen haben, so wird dieser frühere Vertrag durch die Auflassung und Eintragung in keiner Weise berührt.[2]) Vielmehr wird nur der auf die Übereignung abzielende obligatorische Vertrag geheilt, denn er allein hat die Auflassung und Eintragung veranlaßt.

---

[1]) Schollmeyer a. a. O.

[2]) Bolze I, Nr. 699.

Die unmittelbare Beziehung wird dadurch nicht unbedingt aufgehoben, daß die Auflassung nicht von denselben Personen gethätigt wird, welche den obligatorischen Vertrag ursprünglich geschlossen haben.

a) Der Veräußerer hat z. B. mit dem Gegenkontrahenten das Abkommen getroffen, daß ein anderer an Stelle des Kontrahenten in den Vertrag eintreten könne. Durch die zwischen diesem neu eingetretenen Veräußerer, dem Schuldübernehmer [1]) und dem Erwerber vollzogene Auflassung mit nachfolgender Eintragung wird der formlose obligatorische Vertrag gültig, sofern der Bewilligende eingetragen ist. [2]) Denn die Auflassung ist in Erfüllung des Kaufalgeschäfts vorgenommen.

b) Auch an Stelle des ursprünglichen Erwerbers können vor der Auflassung durch neue, ebenfalls formlose Verträge andere Erwerber getreten sein, indem der erste Erwerber z. B. das Grundstück formlos an einen zweiten weiter veräußert, der zweite an dritten und so fort. An sich müßte der dingliche Vertrag so oft wiederholt werden, als obligatorische Verträge geschlossen wurden. Wenn aber alle Beteiligten zwecks Ersparung der Kosten und Abkürzung des Verfahrens übereinkommen, daß die Auflassung vom Veräußerer unmittelbar an den letzten Erwerber erfolgen soll, so soll durch diese eine Auflassung die ganze Reihe der formlosen Veräußerungsverträge gültig werden, wie das R. G. entschieden hat. [3]) Jeder einzelne Vertrag ist aber selbständig zu beurteilen, so daß also nicht etwa der erste Veräußerer zu dem letzten Erwerber in obligatorische Beziehungen tritt. [4]) Fehlt es an der Zustimmung auch nur eines Zwischenerwerbers, so kann die gleichwohl vollzogene Auflassung angefochten und dadurch die heilende Wirkung für alle Verträge wieder beseitigt werden.

Es ergiebt sich also, daß eine Rechtsnachfolge sowohl auf seiten des Veräußerers als auch auf seiten des Erwerbers bis zum Zeitpunkte der Auflassung den Charakter des obligatorischen Vertrages

---

[1]) S. oben S. 12; Bolze IV, Nr. 458.

[2]) Dernbg. III, § 87; Strecker S. 27, 28.

[3]) R. G. 31, 230; Seuff. Arch. 55, Nr. 7; Gruchot 27, S. 1031; Schollmeyer 2 b; Bolze V, Nr. 412.

[4]) Turnau u. Förster I, S. 324.

als eines die Auflassung veranlassenden Rechtsgeschäfts nicht verändert oder gar aufhebt.[1]) Ob eine solche Nachfolge in das Recht auf Auflassung des Grundstücks vorliegt, muß im Einzelfalle feststehen. Sie würde z. B. nicht angenommen werden können, wenn der obligatorische Vertrag von einem Bevollmächtigten für den Vollmachtgeber geschlossen, die Auflassung und Eintragung aber an den Bevollmächtigten statt an den Vollmachtgeber erfolgt wäre;[2]) in diesem Falle bliebe der obligatorische Vertrag ungeheilt.

β. Der Formmangel.

§ 29.

Wir haben im Vorhergehenden gesehen, daß die Heilkraft der Auflassung und Eintragung dadurch bedingt ist, daß diese Akte durch den ungültigen obligatorischen Vertrag veranlaßt sind. Es kommt aber noch eine weitere Einschränkung des Geltungsgebietes der heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung hinzu. Denn nicht jedes ungültige, die Vornahme des dinglichen Vertrages veranlassende Rechtsgeschäft wird durch die Auflassung und Eintragung rechtsverbindlich, sondern nur dasjenige, dessen Gültigkeit lediglich die Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschrift entgegenstand. Andere Mängel, welche die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages beeinflussen, ergreift die Bestimmung des § 313 S. 2 nicht. Es wird hiernach weiter für die Heilung vorausgesetzt, daß:

1) ein nicht oder nicht vollständig[3]) beurkundeter obligatorischer Vertrag vorliegt,
2) nur der Mangel der Form die Unwirksamkeit verursacht hat.

1. Wenn daher der Kausalvertrag vollständig beurkundet worden ist, aber aus irgend einem Grunde anfechtbar oder gar nichtig ist, so tritt nach geschehener Auflassung und Eintragung keine Heilung ein.

Dennoch kann der verbriefte anfechtbare Vertrag möglicher Weise durch die Auflassung dauernd gültig werden, und zwar dann, wenn der Anfechtungsberechtigte in Kenntnis des Anfechtungsgrundes den

---

[1]) Vgl. noch Turnau u. Förster I, S. 327, Z. 4 a. E.
[2]) Gruchot 27, S. 1029.
[3]) Siehe oben § 17.

dinglichen Vertrag abschließt. Dadurch verzichtet er auf sein Recht zur Anfechtung;[1]) dieser Verzicht bedeutet aber keine Heilung des obligatorischen Vertrages im Sinne des Satzes 2 § 313, denn der Vertrag wird in solchem Falle schon mit der Auflassung unanfechtbar.

Der nichtige vollständig beurkundete Vertrag kann dagegen durch die Auflassung niemals Rechtswirksamkeit erwerben, auch dann nicht, wenn die Nichtigkeit den Beteiligten bei Erklärung der Auflassung bekannt ist, denn die Bestätigung eines nichtigen Geschäftes kann nur in erneuerter Vornahme desselben geschehen, die Auflassung ersetzt diese Vornahme natürlich nicht.[2])

Es darf sich also nur um einen überhaupt nicht oder nur unvollständig beurkundeten obligatorischen Vertrag handeln.

2. Andererseits muß dieser Vertrag allen Erfordernissen — abgesehen von der Beurkundung — genügen. Andere Mängel als der der fehlenden Beurkundung, welche die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit begründen, werden daher nicht geheilt, und der Vertrag bleibt nach wie vor anfechtbar bezw. nichtig.

Der formlose obligatorische Vertrag wird insbesondere auch nicht geheilt, wenn der Anfechtungsberechtigte die Auflassung in Kenntnis des Anfechtungsgrundes vornimmt. Denn da die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages wegen Formmangels bis zu dem Augenblicke fortdauert, in welchem die Eintragung erfolgt, so kann ein vorheriger Verzicht auf einen die Gültigkeit gleichfalls beeinflussenden Anfechtungsgrund eine rechtlich wirksame Bedeutung nicht haben. Irrtum, Zwang, Betrug, Simulation, Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot u. s. w.[3]) sind also unter allen Umständen auch nach der Auflassung und Eintragung erfolgreiche Anfechtungs- bezw. Nichtigkeitsgründe.

Dagegen wird der dissimulierte formlose Vertrag durch Auflassung und Eintragung geheilt, sofern seiner Gültigkeit nichts weiter als die urkundliche Form fehlte.[4]) Denn dann sind die beiden oben er-

---

[1]) § 144 B. G. B. vgl. Achilles b. Gruchot 21, S. 39; Cosack I, S. 159.
[2]) Vgl. Cosack I, S. 158 f.; Matthiaß I, S. 231.
[3]) Vgl. oben § 18.
[4]) Förster-Ecc. I, S. 469; Gruchot 22, S. 405; Schollmeyer A. 2 b.

wähnten Voraussetzungen gegeben. Die Heilung des dissimulierten mündlichen oder privatschriftlichen Vertrages tritt daher auch in dem Falle ein, wenn der simulierte formgerecht beurkundet wurde, so z. B. wenn in einem formellen Kaufvertrage über ein Grundstück der Kaufpreis in der Urkunde niedriger angegeben wurde, als er nebenher formlos vereinbart ist. Die formlose Abrede des höheren Kaufpreises wird durch die Auflassung und Eintragung gültig.

Ist die erforderliche Zustimmung eines Dritten oder einer Aufsichtsbehörde [1]) unterblieben, so liegt gleichfalls ein die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrages beeinflussender Mangel vor, der durch die Auflassung und Eintragung nicht geheilt wird. [2]) Dieser Mangel kann dadurch beseitigt werden, daß die Vertragschließenden die Zustimmung noch bis zur Auflassung beibringen, denn dann ist der Vertragswille perfekt geworden. Die Zustimmung soll in diesem Falle aber wenigstens öffentlich beglaubigt sein. [3]) Da der Nachweis der Zustimmung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nur eine Ordnungsvorschrift bildet, so hat die Nichtbefolgung auf die Rechtswirksamkeit des obligatorischen Vertrages keinen Einfluß. M. a. W. steht die Erteilung irgendwie fest, so tritt die Heilung des Kausalvertrages auch trotz Nichtbeachtung des § 29 R. G. B. O. ein. [4]) Wird die Zustimmung nur zur Vornahme des dinglichen Vertrages erteilt, so wirkt sie gleichzeitig auch zu Gunsten des der Zustimmung bisher ermangelnden obligatorischen Vertrages, wie das Reichsgericht früher entschieden hat. [5]) Diese Entscheidung wird man auch unter der Herrschaft des B. G. B. noch als maßgebend erachten müssen, wenngleich dadurch das Prinzip der scharfen Trennung des dinglichen vom obligatorischen Vertrage geradezu durchbrochen wird.

---

[1]) Siehe oben S. 34 f.

[2]) Szkolny u. Caro A. 3; vgl. R. G. 3, 257; Gruchot 27, S. 1029; 30, S. 690; Bolze 2, Nr. 699; R. G. 35, 175; Oberneck S. 292; Turnau u. Förster I, S. 319.

[3]) R. G. B. O. § 29, 30; Oberneck S. 293.

[4]) Turnau u. Förster I, S. 320.

[5]) Turnau u. Förster a. a. O.

2. Die Wirkung der Heilung auf den Inhalt des obligatorischen Vertrages.

a) Im allgemeinen.

§ 30.

Die Heilung des obligatorischen Vertrages muß in dem Umfange angenommen werden, wie ihn die preußische Praxis auf Grund des § 10 des Preußischen Eigentumserwerbsgesetzes im Laufe der Jahre festgestellt hat, und dies ist um so gewisser, als das B. G. B. die Ausdehnung der Heilung ganz im Sinne der bisherigen Rechtsprechung durch die Worte „seinem ganzen Inhalte nach" näher fixiert hat.

Was zum Inhalte des obligatorischen Vertrages gerechnet werden muß, ist oben im einzelnen ausgeführt worden.[1]) Soweit der Inhalt dem Beurkundungszwange unterliegt, soweit muß auch die Heilung reichen. Sie ergreift demnach die wesentlichen und unwesentlichen Bestimmungen des Vertrages. Diese scheiden sich bei den zweiseitigen Schuldverhältnissen, welche den regelmäßigen Fall der obligatorischen Verträge bilden, in die Verpflichtung zur Leistung, zur Gegenleistung und in die Nebenverpflichtungen.

Die Wirkung der Heilung auf die verschiedenen Verpflichtungen soll im folgenden dargestellt werden.

b) Im besonderen.

§ 31.

I. Durch die — vollständige[2]) und gültige[3]) — Auflassung und Eintragung werden alle Hauptleistungen aus dem obligatorischen Vertrage klagbar, deren Gewährung der Veräußerer außer der Verpflichtung zur Übereignung des Grundstückes noch übernommen hat. Der Veräußerer kann sich bezüglich solcher Leistungen nicht auf den Form-

[1]) S. 31 ff.
[2]) § 27.
[3]) § 26.

mangel des Vertrages berufen, sonst würde er andererseits auch nicht die Gegenleistung beanspruchen können.[1])

II. Daß das Versprechen der Gegenleistung durch Erfüllung der Leistung rechtsverbindlich wird, ist ohne weiteres klar und bedarf daher keiner näheren Begründung. Entsprang die Leistung einem einseitigen Schuldverhältnis, z. B. aus einer Schenkung, so kann natürlich von einer Gegenleistung nicht die Rede sein.

III. 1. Nicht so klar liegt die Sache aber bei den Nebenverpflichtungen. Zwar stimmen alle Schriftsteller und die bisherige Rechtsprechung darin überein, daß solche neben einem mündlichen oder privatschriftlichen obligatorischen Vertrage getroffene Abreden, soweit sie bis zum Zeitpunkt der Auflassung vereinbart wurden, in gleicher Weise wie die Hauptverpflichtungen durch die Auflassung und Eintragung Gültigkeit erlangen, die Ansichten gehen aber jetzt wie auch früher schon darüber auseinander, ob bezw. in welchen Fällen die nachträgliche Legalisierung mündlicher oder privatschaftlicher Nebenabreden bei einem im übrigen beurkundeten Kaufalvertrage eintreten soll. Während nämlich die einen Schriftsteller die Heilung der Nebenabreden in diesem Falle absolut verwerfen, wollen andere die Heilwirkung der Auflassung und Eintragung nur in einigen Beziehungen anerkennen, nach einer dritten Ansicht sollen die Abreden unter allen Umständen Wirksamkeit erlangen.

a) So führt z. B. Eccius[2]) aus, daß nur der *unverbindliche* Vertrag geheilt werde, und daher eine Heilung der neben einem formellen, also in bestimmter Weise *verbindlichen* Vertrage getroffenen Abreden vom Gesetz unmöglich gewollt sei. Nehme man Heilung an, so würde ja der vor der Auflassung ohne Berücksichtigung der formlosen Nebenabreden bereits verbindliche Vertragswille durch die Auflassung und Eintragung einen veränderten Inhalt erhalten. Eccius spricht aber eben nur den *neben* dem formell gültigen Vertrage vereinbarten Abreden jede Bedeutung ab, *nachträgliche* Ab-

---

[1]) R. G. 16, 267; Bolze 3, Nr. 452; Senff. Arch. 55, Nr. 6; Scherer, A. 15 D; Turnau u. Förster I, S. 320.

[2]) bei Förster I, § 79, Anm. 86, und neuerdings bei Gruchot 43, S. 309.

reden werden dagegen gültig, wenn sie an Stelle des formellen Vertrages treten sollen oder eine Änderung des formellen Vertrages in Haupt- und Nebenpunkten bezwecken.

b) Nach Dernburgs [1]) Ansicht sollen die formlosen Nebenabreden neben einem formell geschlossenen Vertrage nur dann durch die Auflassung Gültigkeit und damit Klagbarkeit gewinnen, wenn der Nachweis gelingt, daß die Parteien denselben „eine juristisch bindende und entscheidende Bedeutung" beilegen wollten. Wollte dagegen derjenige Kontrahent, zu dessen Gunsten die Nebenabrede getroffen wurde, sich lediglich auf die Redlichkeit des Gegenkontrahenten verlassen, so kann er nach erfolgter Auflassung und Eintragung die Erfüllung dieser Nebenverpflichtungen nicht erzwingen. „Zusicherungen" sollen dagegen sogar schon vor der Auflassung und Eintragung rechtsverbindlich sein. [2])

c) Diesen beiden Richtungen steht die Ansicht des R. G. gegenüber, wonach die Nebenabreden beim formellen Vertrage ebenso rechtswirksam werden, wie wenn sie bei einem formlosen vereinbart wären. [3]) Es könne allein der Vertragswille, gleichviel in welcher Form er zum Ausdruck gebracht sei, maßgebend sein. Lehne man die Heilung der Nebenabreden ab, so lege man dem mündlich oder privatschriftlich geschlossenen Vertrage größere Wirksamkeit bei als dem teilweise beurkundeten, teils nur formlos zustande gekommenen Vertrage, was vom Gesetz sicherlich nicht gewollt sei.

Das B. G. B. hat die Streitfrage durch die Worte „seinem ganzen Inhalte nach" ohne Zweifel im Sinne dieser dritten Ansicht erledigen wollen. [4]) Die Fassung des Satzes 2 ist freilich nicht einwandsfrei, denn nach dem Wortlaut soll nur der ohne Beobachtung der Form geschlossene „Vertrag" gültig werden. Es ist indessen zu sagen, daß der Vertrag, wenn die Nebenabreden nicht beurkundet sind, insoweit ohne Beobachtung der Form geschlossen ist und daher auch „insoweit" durch die Auflassung und Eintragung geheilt werden

[1]) Dernburg, Pr. Pr. I, § 99, Note 2. So auch Szkolny u. Caro, A. 2.

[2]) s. ob. S. 32 f.

[3]) R. G. 2, 293; vgl. Gruchot 22, S. 405; Achilles, S. 78.

[4]) Planck A. 2; Dertmann A. 6; Staudinger A. 5 a; Meißner A. 3 a; Scherer A. 15, D. 1; Schollmeyer A. 2 b; Strecker, S. 31.

muß.[1]) Ob die Nebenabreden neben dem formellen Vertrage oder nachträglich zu ihm vereinbart wurden, ist unerheblich, denn da wir ihre Heilung überhaupt zugeben müssen, so ist für diese der Rechtszustand zur Zeit der Auflassung allein entscheidend.[2]) Daß das Gesetz den Fall der teilweisen Beurkundung des obligatorischen Vertrages ebenso wie die ganz unterbliebene Verbriefung treffen wollte, geht auch aus den Protokollen deutlich hervor, wenn es darin heißt, daß der Satz 2 den neben oder nach dem (formellen) Vertrage nicht formgerechten Abreden zur Gültigkeit verhelfe.[3])

2. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Nebenabreden, gleichviel ob sie beim formellen oder beim formlosen Vertrage getroffen wurden, vom Gesetz vollkommen gleich behandelt werden. Vorausgesetzt bleibt aber immer, daß die Nebenberedungen zum Inhalt des Vertrages gehören, d. h. daß „sie Teil eines einheitlichen und unteilbaren Vertrages sind",[4]) und diese Frage wird gerade hier häufig schwer zu beantworten sein. Denn die Abreden können den verschiedensten Inhalt haben, und daher lassen sich auch keine allgemeinen Grundsätze für die Auslegung aufstellen; diese muß vielmehr für jeden Einzelfall die Entscheidung treffen. Immerhin geben jedoch die seither ergangenen Entscheidungen einen Anhalt für die Richtung, welche die Rechtsprechung auch in der Folge einzuschlagen hat.

a) Ist die Zugehörigkeit zu verneinen,[5]) so wird die Nebenabrede nicht geheilt.

Damit kann gemäß § 139 der ganze obligatorische Vertrag wieder in sich zusammenfallen, wenn nicht die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß er auch ohne die Statuierung der Nebenverpflichtung geschlossen sein würde.

Wenn der Vertrag nicht aufrecht erhalten wird, so bleibt doch die eingetragene dingliche Rechtsänderung gemäß der abstrakten Natur des dinglichen Vertrages zunächst zu Recht bestehen. Eine Vindi-

[1]) Schollmeyer, A. 2 b.
[2]) S. 59.
[3]) Prot. I, 463; Turnau u. Förster I, S. 320.
[4]) Turnau u. Förster I, S. 322; Senff. Arch. 55, S. 11.
[5]) Vgl. Bolze 14, Nr. 253.

kation des Grundstücks ist ausgeschlossen, da die Auflassung und Eintragung den Übergang des Eigentums herbeigeführt haben. Der bisher Berechtigte hat aber einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung nach Maßgabe der §§ 812 ff.[1]) Dieser Anspruch, der die Rückübertragung des Eigentums durch Auflassung und Herausgabe der Früchte[2]) zum Gegenstande hat, ist ein persönlicher, daher kann der Veräußerer ihn nur gegen den geltend machen, welchem er die Auflassung erteilt hat, nicht aber gegen einen Dritten, der später das Grundstück in gutem Glauben erworben hat, es sei denn, daß der Veräußerer sich die Anfechtungsbefugnis durch Eintragung einer Vormerkung gesichert hat.[3])

b) Steht die Zugehörigkeit der Nebenabrede zum obligatorischen Vertrage andererseits fest, so wird dieselbe durch Auflassung und Eintragung rechtswirksam.

So werden z. B. Abreden gültig, welche sich auf die Modalität der Erfüllung des Vertrages beziehen,[4]) oder die Verpflichtung zur Rückauflassung enthalten.[5]) Ferner werden Zusicherungen über Eigenschaften oder die Größe des Grundstücks geheilt, Vertragsstrafen, das eingeräumte Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht, die Abrede über Übernahme eines Altenteils[6]) u. a. m.[7]) Ebenso wird die Einigung über Hypotheken von der Heilkraft der Auflassung und Eintragung ergriffen.[8])

---

[1]) Maenner, S. 43; Strecker, S. 26.

[2]) Senff. Arch. 31, Nr. 336.

[3]) B. G. B. § 883. Vgl. Best S. 33 f.; Förster-Eccius III, § 178, S. 264; Gänßle S. 6; Maenner a. a. O.; Oberneck S. 342.

[4]) Beispiel: Der Kaufpreis soll in bestimmten Raten binnen zehn Jahren gezahlt und bis zur vollständigen Tilgung verzinst werden; der Kaufpreis soll einen Monat nach der Auflassung gezahlt werden, widrigenfalls die ganze Veräußerung widerrufen werden kann; Bolze I, Nr. 706, 807: Die Zinsen des Kaufpreises sollen durch Schmiedearbeiten des Käufers getilgt werden.

[5]) Senff. Arch. 55, Nr. 130.

[6]) Bolze 6, Nr. 60 und 332.

[7]) Vgl. Bolze 4, Nr. 458 f. oben S. 66; Gruchot 27, S. 1029; R. G. 2, 293; Gruchot 24, S. 885.

[8]) Bolze 5, Nr. 118 und 409; 11, Nr. 154.

Wenn der Erwerber des Grundstücks eine auf demselben lastende Hypothekenschuld übernimmt, so erwirbt der Gläubiger jedoch erst dann Rechte aus dieser Schuldübernahme, wenn sie ihm vom Veräußerer nach Eintragung des Erwerbes schriftlich mitgeteilt ist und er sie binnen sechs Monaten seit dem Empfange der Mitteilung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt.[1])

c) Wenn die formlosen Nebenbestimmungen mit der Vertragsurkunde oder untereinander in Widerspruch stehen, so können natürlich die Parteien selbst eine Entscheidung darüber treffen, was unter ihnen gelten soll.

Diese Entscheidung ist ohne irgendwelche Form bindend; denn der Vertrag ist durch die Auflassung und Eintragung bereits gültig geworden, und die Modifizierung eines gültigen Vertrages kann nicht dem Formzwange unterliegen, wenn der Vertrag selbst ohne Beobachtung einer Form rechtswirksam wurde. Erzielen die Kontrahenten keine Einigung, so kann wieder § 139 einschlägig werden, und der Richter hat gegebenen Falls die Nichtigkeit des ganzen Vertrages auszusprechen oder nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen ergänzenden Regeln die Entscheidung zu fällen.[2])

3. Wer sich auf eine Nebenverpflichtung beruft, dem liegt der Beweis ob. Ist die Abrede neben oder nach dem formellen Vertrage getroffen, so geht der Beweis darauf, daß die Kontrahenten die Vereinbarung neben oder trotz des Inhalts der Urkunde gewollt haben. Dagegen braucht nicht bewiesen zu werden, daß die Vereinbarung „mit Grundlage der Auflassung gewesen ist".[3])

---

[1]) B. G. B. § 416; Turnau und Förster I, S. 323; Hellwig S. 417; Engelmann S. 255; Matthiaß I, S. 465 f.; Scherer A. 15 D.

[2]) Vgl. Meisner, A. III c.

[3]) Scherer, A. 15, D. 1; Gruchot 33, S. 434; Turnau u. Förster I, S. 321; vgl. Bolze 16, Nr. 251.